Poland

Pfandrechtliche Untersuchungen

1. Heft

Zur Geschichte der römischen Hypothek

Erster Teil

von

Dr. jur. Alfred Manigk

a. o. Professor der Rechte a. d. Universität Königsberg i. Pr.

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1904


Digitized by Google

Pfandrechtliche Untersuchungen

---

1. Heft

Zur Geschichte der römischen Hypothek

Erster Teil

von

Dr. Alfred Manigk
a. o. Professor der Rechte a. d. Universität Königsberg i. Pr.

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1904

Zur Geschichte der römischen Hypothek

I. Teil

Die pfandrechtliche Terminologie und Literatur der Römer

von

Dr. Alfred Manigk
a. o. Professor der Rechte a. d. Universität Königsberg i. Pr.

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1904

Meinem Vater

dem kgl. Oberlandesgerichtsrat Geheimen Justizrat

Otto Manigk

Weihnachten 1903

Vorwort.

Das Pfandrecht hat zu allen Zeiten zu Spezialuntersuchungen angeregt. Schon Gaius, Paulus und Marcian schrieben pfandrechtliche Monographieen, und seitdem ist diese Materie in der gemein- und deutschrechtlichen Literatur auffallend oft bearbeitet worden. Das Pfandrecht ist eigenartig, weil es der Teil des Sachenrechts ist, in dem das Leben der Obligation am stärksten pulsiert; es ist praktisch wegen seiner Verkehrswichtigkeit, die ihm zugleich eine lange und interessante Entwicklung beschieden hat. Es ist juristisch fein und seine Erforschung nicht einfach. Durch letzteren Umstand, der allen Pfandrechtsmonographen harte Arbeit auferlegt hat, scheint es mir gerechtfertigt, nicht nur einmal bei diesem Gegenstande zu verweilen, sondern sich diesem Reiz und dieser Arbeit dauernder hinzugeben, um den eignen Blick zu schärfen und den Ertrag zu heben.

Wenn grade zu Anfang der hiermit beginnenden Folge von Untersuchungen das römische Pfandrecht zum Worte kommen soll, so wird dies vielleicht Bedenken erregen, da uns die einschlägige moderne Gesetzgebung doch modernere Aufgaben stelle. Ich kann aber darauf auch heute noch mit Dernburg sagen, dass man den äusseren Mechanismus des Rechts von seiner inneren juristisch-technischen Konstruktion zu unterscheiden hat. Grade die Erforschung der letzteren, die die folgenden Untersuchungen prinzipiell auch auf das Gebiet des Civilrechts be-

schränken wird, führt uns immer noch ins römische Recht zurück, wenn wir uns die formale Seite unseres Pfandrechts auch selbst geschaffen haben. In der zum Teil von Juristen allerersten Ranges verfassten gemeinrechtlichen Literatur sind Schätze vorhanden, die uns für die Erkenntnis unseres modernen Pfandrechts dienstbar bleiben müssen. Das können sie aber nur dann, wenn der Zusammenhang der Rechtsentwicklung in unserem Bewusstsein lebendig bleibt, wenn wir das Alte lernen, um das Neue zu begreifen.

Die ersten Hefte dienen einem nach dem heutigen Stande der Literatur unabweisbaren historischen Bedürfnis. Sie sollen das geschichtliche Bild der römischen Hypothek, das neuerdings an Unklarheit und mangelnder Präzision zu leiden scheint, zurechtzurücken versuchen und dadurch die Grundlage für die folgenden Hefte liefern. — Möchten sie eine freundliche Aufnahme finden!

Königsberg i. Pr., Anfang Dezember 1903

Der Verfasser

Inhalt.

Abkürzungen.

I. Literatur.

Bachofen, Das römische Pfandrecht I 1847.

Bachovius, tractatus de pignoribus et hypothecis 1656.

Bechmann, Der Kauf n. gem. Recht I 1876.

Büchel, Civilrechtliche Erörterungen I u. II 1832.

Demelius, Plautinische Studien. Zeitschr. f. Rechtsgesch. II (1863) S. 176 ff.

Dernburg, Das Pfandrecht n. d. Grundsätzen des heut. röm. Rechts I 1860, II 1864.

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten 1887.

Hellwig, Die Verpfändung u. Pfändung von Forderungen 1883.

Herzen, Origine de l'hypothèque romaine. Paris 1899.

Hitzig, Das griechische Pfandrecht 1895.

Hoffmann, Beiträge zur Geschichte des griechischen u. römischen Rechts 1870.

Huschke, Studien des römischen Rechts I 1830 S. 337 ff.

Jörs, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I 1888.

Kalb, Roms Juristen 1890.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II 1 1901.

Keller, Kritische Jahrbücher f. deutsche Rechtswissenschaft (Richter-Schneider) Bd. 22 (1847) S. 961 ff. (Referat über Bachofens Pfandrecht.)

Kipp, Kritische Vierteljahrsschrift N. F. Bd. 14 S. 481 ff. (Referat über Lenels Palingenesia.)

Krüger, Geschichte der Quellen und Literatur d. röm. Rechts 1888.

Kuntze, Zur Geschichte des römischen Pfandrechts im Leipziger Dekanatsprogramm. 2 Hefte vom 13. Februar bzw. 2. Mai 1893.

Meyer-Schömann, Der attische Prozess, neu bearb. v. Lipsius II 1883—87.

Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 1891.

Mommsen, Stadtrechte von Salpensa und Malaca in Abhandlungen d. k. sächs. Gesellsch. der Wiss. III (1857) S. 466 ff.

Naber, Observatiunculae de iure Romano, cap. 89 de pignoris historici origine (in Mnemosyne, bibliotheca philologica Batava) Vol. 31 (1903) p. 211 ff.[1]).

---

[1]) Auf diese jüngst erschienene Schrift machte mich Herr Professor O. Gradenwitz freundlichst aufmerksam.



Pernice, Labeo I 1873.

Platner, Der Prozess und die Klagen bei den Attikern II 1825.

Puchta (-Krüger), Kursus der Institutionen II 1893.

Rudorff, Über die Pfandklagen. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Savigny-Eichhorn-Rudorff. Bd. 13 1845 S. 181 ff.

Sav. Z. = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.

Scheuerl, Referat über Dernburgs Pfandrecht in Kritische Vierteljahrsschrift f. Ges. u. Rechtswiss. Bd. II 1860 S. 416 ff.

Schilling, Lehrbuch für Institutionen u. Gesch. d. röm. Privatrechts II 1837.

Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts 1836.

Oertmann, Die fiducia im röm. Privatrecht 1890.

Voigt, Das pignus der Römer bis zu seiner Umwandelung zum Rechtsinstitute im Berichte üb. d. Verhandl. d. k. sächs. Gesellsch. d. Wiss. zu Leipzig. Philolog.-Histor.-Klasse. Bd. 40 1888 S. 235 ff.

II. Quellenwerke.

Bruns, Fontes iuris Romani antiqui (Mommsen-Gradenwitz) 1893.

Dareste = Recueil des inscriptiones juridiques grecques par Dareste, Haussoullier, Reinach. Paris 1891—1894.

Lenel, Palingenesia iuris civilis 1889.

Vocabularium iurisprudentiae Romanae, soweit erschienen. Im übrigen wurde der in Berlin ruhende Index benutzt [1].

[1] Herr Professor Seckel-Berlin verschaffte mir in liebenswürdigster Weise Abschriften der interessierenden Artikel des Index. Herr Professor Kübler-Berlin machte auf meine Bitte an der Hand des Index freundlichst die unten S. 116 Anm. 3 erwähnte Feststellung. Ich spreche diesen Herren hier nochmals meinen verbindlichsten Dank aus.

Ein vollständiges Quellenverzeichnis wird das zweite Heft bringen.

Einleitung.

Die Geschichte der römischen Hypothek hat in neuerer Zeit zu zahlreichen gelegentlichen und selbständigen Erörterungen Anlass gegeben, sowohl in der deutschen wie in der ausländischen Literatur [1]). Gegenüber der seit langer Zeit herrschenden Meinung, dass der Ursprung der klagegeschützten Hypothek mehr oder weniger lange vor Ende der Republik zu suchen wäre,

[1]) In zeitlicher Reihenfolge: 1814: Thierbach, hist. iur. civ. de pignoribus 22 ff., Bynkershoek, Observat. 1. 24; 1830: Huschke, Studien I 337 ff., insbes. 340 A. 6; 1836: Sintenis, Pfandr. 549 f.; 1837: Schilling, Institutionen II S. 730 d; 1845: Rudorff, Z. f. gesch. Rechtswiss. 13, 181 ff.; 1847: Bachofen, römisches Pfandr. I, Keller, Krit. Jahrb. Bd. 11, 961 ff.; 1857: Mommsen, Stadtrechte a. a. O. S. 466 ff., insbes. 469, Huschke, Z. f. Zivilr. u. Proz. 14. 126 A. 1, Voigt, ius nat. II 845 A. 929; 1860: Dernburg, Pfandr. I 1—95, Scheuerl, Krit. Vierteljahrsschr. II 416 ff.; 1865: Vangerow, Pand. I 891 ff.; 1873: Pernice, Labeo I 426 f.; 1876: Jourdan, Etudes de droit romain. L'hypothèque; 1882: Wlassak, Edikt u. Klageform 135 f.; 1883: Hellwig, Verpfänd. u. Pfänd. v. Ford. 1 ff.; 1884: Pernice, Sav. Z. 5. 134 f.; 1885: Mommsen, Sav. Z. 6. 272; 1887: Ascoli, le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano; 1888: Voigt, Das pignus der Römer a. a. O. 261, 264, 280 ff., Pernice, Sav. Z. 9. 208 ff., Jörs, röm. Rechtswiss. I 153; 1889: Schulin, Lehrb. d. Gesch. d. röm. R. 424 ff.; 1889—93—95: Couturier, Duchêne, Gauchet, Thèses; 1891: Mitteis, Reichsr. u. Volksr. 416 n. 2, 441; 1893: Puchta, Kursus II 243 ff.; Kuntze, Zur Gesch. d. röm. Pfandr. a. a. O. I u. II; 1896: Bremer, iurisprud. antehadr. quae supers. 217 ff.; 1897: Girard, Manuel élém. de droit rom. 744; 1899: Herzen, origine de l'hypoth. rom. (La date des actions hypoth. rom., ein Teil daraus); 1901: Karlowa, röm. Rechtsgesch. II 1278 ff.; 1903: Costa, Storia di dir. rom. II, Naber, Observ. de iure Rom. c. 89 (Mnemosyne 31, 211 ff.).

macht sich neuerdings eine entgegengesetzte Auffassung geltend, nach der die Hypothek erst zu Beginn der Kaiserzeit geschaffen worden sei [1]).

So reizvoll es wäre, in der Hypothek eine bedeutende Schöpfung gerade des neben dem Prinzipat nur noch geduldeten prätorischen Edikts zu finden, so bedenklich erscheint es wieder, diese alle Macht und Kraft voraussetzende Tat der schon niedergehenden Prätur noch zuzutrauen, besonders wenn wir mit Kuntze [2]) darin die „originellste Ediktalschöpfung" erblicken wollen, mit der „die Magistratur hier einmal einen ganz neuen Gedanken aufgebracht", und sich dabei „ein ausserordentliches und sehr schwieriges Problem gestellt" hätte. Mögen wir uns auch dazu verstehen, dass das Pfandrecht, solange das possessorische Element ein Surrogat des Klageschutzes sein konnte, in der bürgerlichen Sitte, in Treu- und Gewissenspflichten des Volkes seinen Rückhalt gehabt haben möge [3]); für die Hypothek ändert sich jene Prämisse bereits, selbst wenn die traditio des alten *pignus* bei der *hypotheca* ursprünglich in der *illatio rerum coloni* ein äusserliches Analogon hatte. Und sollten die Römer mit der rechtlichen Befestigung dieses trotz der Vorliebe für die personale Sicherheit unbestreitbar unentbehrlichen Verkehrsinstituts so merkwürdig lange gewartet haben? Aber auch nachdem das Pfand auf rechtliche Basis gestellt ist, sehen wir so zahlreiche wichtige Änderungen und Verbesserungen der Reihe nach an diesem Institut vor sich gehen, dass es immer fraglicher wird, ob dafür in der kurzen Zeit bis zur Fixierung des Hadrianischen Edikts noch Raum vorhanden war; man müsste denn, wozu sich die Vertreter dieser Auffassung auch gezwungen sehen, an eine von der üblichen Bedachtsamkeit auffallend abweichende Eile in der Ausgestaltung des im Illatenpfand doch nur erst in Umrissen gegebenen Instituts glauben.

Kuntze zieht eingangs [4]) die „ungewöhnliche und geradezu

---

[1]) Voigt 280 ff., aber auch 261 u. 264, Kuntze I 18, Herzen 173 ff., 196 ff.

[2]) Kuntze I S. 3 u. 5.

[3]) So Voigt 280, der diesen Zustand auch für die Hypothek bis zur Kaiserzeit in Anspruch nimmt.

[4]) I 4.

auffallende Anzahl griechischer Kunstausdrücke (*hypotheca, hyperocha, antichresis*)" heran, um dadurch den Gedanken an eine nur spät mögliche Rezeption griechischer Rechtssätze oder -institute wachzurufen. Das kann nur stutzig machen, da die Terminologie mit der Bildung und Entwicklung des Instituts nicht zusammenzuhängen braucht.

Wenn wir jedoch denselben Autor[1]) auch noch an dem Vertreter der Meinung Rückhalt nehmen sehen, dass das interdictum Salvianum die Reihe dieser Klagemitel im Edikt abschlösse und daher wohl auch historisch das letzte gewesen sei, so fehlt es uns nicht mehr an Mut, dieser Meinung entgegenzutreten, und dabei ihre Gründe, aber ebenso auch die der seit Dernburg herrschenden, entgegengesetzten Meinung einer völligen Revision zu unterziehen. Diese ist aber nur an der Hand eines umfassenden Quellenmaterials möglich, an dessen Sammlung es bis auf Herzens Arbeit in erster Linie gefehlt hat. Wo wir, wie die Literatur zeigt, für die ältere Zeit auf so spärliches Material angewiesen zu sein scheinen, ist es vor allem nötig, festzustellen, welche Quellen wir insbesondere in den Digesten für unsere Frage überhaupt finden. Mit Benutzung gelegentlich aufgefundener Stellen ist wenig geholfen. Je spärlicher die Ausbeute der älteren Juristen vermutlich sein wird, desto sorgfältiger wird zu suchen sein. Es schien daher der Weg der sicherste, die pfandrechtliche Literatur der Digesten in einem Katalog historisch zu ordnen und das Gefundene schon hier einer ersten Prüfung auf seine Brauchbarkeit zu unterziehen; steckt doch in der Gesetz-gewordenen Literatur der Römer zugleich der grösste Teil der Dogmengeschichte.

Dabei war aber auch das terminologische Moment gebührend zu berücksichtigen. Dass es grade in der Geschichte des Pfandrechts eine entscheidende Rolle spielt, verraten schon die Zusammenstellungen bei Rudorff, Voigt, Kuntze und Herzen. Grade hier konnte ich mich aber einer Empfindung grösster Unsicherheit nicht erwehren. Und doch werden schon von jeher die gewichtigsten historischen Schlüsse aus der pfandrechtlichen

[1]) Kuntze I 4 u. 5, wo er sich auf Huschke beruft, der die oben im Text angeführte Meinung a. a. O. S. 340 A. 6 vertrat.

Terminologie gezogen, nicht zum wenigsten auch aus der dichterischen, ohne dass jedoch von einer Prüfung der einzelnen Fälle sehr die Rede sein kann.

Statt dessen tritt jetzt, besonders in der ausländischen Literatur immer mehr die Frage nach dem „Ursprung“ der Hypothek in den Vordergrund, während sie eigentlich doch untergeordnete Bedeutung hat. Was würden wir nämlich mit dem Resultat gewinnen, dass die hypotheca aus dem pignus oder der prädiatura hervorgegangen, oder gar griechischen Ursprungs sei? Das wird immer hypothetischen Charakter behalten, und von der subjektiven Meinung abhängen, ob die Erkennungsmerkmale auf jenen oder diesen Ursprung verweisen. Wir wollen aber auch dieser Frage die gebührende Beachtung nicht versagen.

Es ergeben sich also eine Reihe von notwendigen Vorarbeiten, zumal da die Beweislast bei der Ausdehnung der Frage und ihrer langen Entwicklung in der modernen Wissenschaft einen grossen Umfang angenommen hat, und infolge der bisweilen erforderlichen Textkritik noch vermehrt wird. Dergleichen Erörterungen würden den Verlauf der eigentlichen historischen Darstellung aber nur stören, waren daher in dem folgenden ersten Teil vorwegzunehmen.

Dass dieser Teil zunächst einzeln erscheint, beruht auf der Absicht, die wichtigen in der römischen Terminologie und Literatur liegenden Prämissen einer gesonderten Prüfung preiszugeben, um etwaige notwendige Korrekturen den im zweiten Teil folgenden Schlüssen zugute kommen zu lassen.

I. Terminologisches über pignus und hypotheca.

§ 1.

Der umfassendste Ausdruck für die Sicherung eines rechtlichen Interesses durch Haftung eines ausserhalb desselben stehenden Wertes ist „*pignus*". Er wird nicht nur in der Bedeutung von Pfand, sondern auch für: Wettpreis, Angeld, Geisel u. a. gebraucht[1]). Dieser Sprachgebrauch rechtfertigt sich durch die Etymologie des Wortes. Im Widerspruch zu der auch das Vertragspfand umfassenden Bedeutung von pignus, die in den juristischen Quellen bis ins jüngste Recht bewahrt wurde, steht die bekannte Ableitung von Gaius in D. 50. 16. 238. 2: *pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur* . . . Man hat sie als etymologisch irrtümlich längst erkannt[2]). *Pignus* ist vielmehr stammverwandt mit *pango*, d. i. befestigen, sichern[3]), und an andrer Stelle kann man bei Gaius diese Ableitung auch erkennen: IV 147 . . .: *de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepi-*

---

[1]) Vgl. z. B. Livius 9. 15. 7 (pignora pacis), 43. 10. 3 (obsides), 33. 22. 9, Varro d. ling. lat. 5. 40, Gai II 61 (praediatura), D. 30. 43. 3 (redemptus) Gai IV 26 (pign. capio), Gai IV 28 (leg. act. p. pign. cap.). Plaut. Trucul. 2. 2. 20 u. Curcul. 2. 3. 76, Ovid ars am. I 168, Iuvenal 6. 27 (Wetteinsatz) Plaut, Most. 4. 2. 61 ff. (arrha). Hierüber ausführlich: Puchta II 248, Rudorff 185 ff. 194, Bachofen 4 ff. 225. 232. 273. 281, Dernburg I 44 ff., Demelius 227 ff., Büchel II 27 ff., Schilling II 515. 678, Voigt 235 ff., Kuntze I 7 ff. 25, II 3 ff. 13 ff., Herzen 15 ff.

[2]) Rudorff 200. 189. Herzen 15. Dennoch Kuntze 10. 2. Dernburg I 49.

[3]) Vgl. Voigt 235 A. 1, wo pignus mit Curtius vom Stamme *παγ* abgeleitet wird. pango ist ebenso wie *πήγνυμι* von diesem Stamme abzuleiten.

gisset. Weil *pignus* von Hause aus nichts anderes bedeutet als Sicherung, Bindung[1]), ist es auch noch bei Justinian der die *hypotheca* mitumfassende Ausdruck:

J. 4. 6. 7: inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur.

Hierdurch erklärt sich, dass beide Ausdrücke oft promiscue gebraucht werden, obgleich die besondere Bedeutung derselben offenbar allgemein bekannt war, als man den Ausdruck hypotheca überhaupt rezipiert hatte:

Ulpian 13. 7. 9. 2: Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.

J. 4. 6. 7 . . .: pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

Dem gegenüber steht der willkürliche Wechsel der Bedeutung des pignus, das bald im weiteren, bald im engeren Sinne gebraucht wird, sowie der promiscue-Gebrauch der Worte pignus und hypotheca z. B.:

Ulpian 13. 7. 1 pr.: Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

Dieser Sprachgebrauch ist umso auffallender, als derselbe Autor obige unterscheidende Definition aufgestellt hatte und an eine Interpolation nicht zu denken ist.

Ferner Papinianus 41. 3. 44. 5: . . . persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conventione constituitur.

Marcianus 20. 4. 12. pr.: Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam . . . . ., sive alio possidente.

Marcian 20. 1. 5. 1: Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

---

[1]) So erklärt sich auch die seltene Verbindung: *pignus obstrictum est* bei Ulp. D. 13. 7. 11. 3, mit keinem anderen Wortsinn (= binden) als das häufige *pignus* (*-ori*) *obligare.*

Marcianus 41. 2. 37: Re pignoris nomine data et possessione tradita, deinde a creditore conducta convenit, ut is, qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, aedibus autem pro inquilino sit: per eos creditor possidere videtur[1]).

Julianus 41. 3. 33. 4: ... plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, ... und § 5: ... at si nuda conventione pignus contractum fuerit.

Scaevola 32. 38. pr.: filius praedia ... pignoris hypothecaeve nomine transtulit: quaesitum est, an pignus recte contractum esset.

In 20. 1. 34. 1 citiert Scaevola ὑποϑήκη und gebraucht nachher in bezug darauf *pignus*[2]).

Mit einem Hinweis darauf, dass der Sinn der Römer für scharfe Begriffsbildung und konsequente Terminologie nicht sehr entwickelt war, wird jener Sprachgebrauch nicht vollständig erklärt. Wenn Gaius das pignus von pugnus ableitet, womit die Verdeutschung „Faustpfand" zusammenhängt, und andrerseits die ganze klassische Zeit hindurch pignus gleichbedeutend mit hypotheca gebraucht wird, ja bisweilen auch umgekehrt hypotheca für das Besitzpfand, so beruht dies auch darauf, dass das älteste pignus lange Zeit nur ein Besitzpfand war, dadurch also der von Hause aus ganz allgemeine Sinn von pignus = Sicherung praktisch auf diesen einzigen Anwendungsfall beschränkt und eingeengt wurde[3]). Als dann das Vertragspfand entstanden war, ohne dass man auch sofort einen speziellen Ausdruck dafür fand, trat jener ursprüngliche, allgemeine Sinn von pignus, der mit der Besitzübertragung an sich nichts zu tun hat, und der den Römern vertraut sein musste, wieder in seine Rechte, und man gebrauchte pignus

---

1) Herzen 21 meint, das hypothecam könnte für pignus oder fiduciam interpoliert sein, weil hier hypotheca vom Besitzpfande gesagt werde. Das halte ich für ausgeschlossen (ebenso Lenel I 651 fr. 40). Auch in 20. 4. 12 pr. zeigt Marcian dieselbe Willkür, die sich durch 20. 1. 5. 1 rechtfertigt.

2) Vgl. auch Paul., sent. II 17. 15, III 6. 16, V 1. 1.

3) Gaius begründet in D. 50. 16. 238. 2 seine Ableitung von pugnus gradezu so: quia res, quae pignori dantur, manu traduntur; er lässt sich also durch den alten Sprachgebrauch, der mit der Etymologie des Wortes nichts zu tun hatte, irre führen.

sowohl für das alte wie für das neue Pfand. Als der spezielle Ausdruck hypotheca rezipiert war, war der alte Gebrauch so eingewurzelt, dass man ihn noch beibehielt und sogar, wie sich zeigen wird, vor dem neuen Wort bevorzugte.

Auch noch ein anderer Umstand dürfte das Festhalten an dem Worte pignus verursacht haben: dass nämlich die traditio des alten pignus bei der ersten Form des Vertragspfandes, durch das vermittelnde Moment der inductio der invecta et illata des Pächters ersetzt war, der Bedingung des alten pignus also scheinbar genügt war. — Auch hiervon wird unten die Rede sein.

Es ist natürlich, dass die Römer bei der umfassenden Bedeutung des Wortes pignus in den einzelnen Anwendungsfällen dem Worte wenigstens durch Attribute oder Verbalverbindungen eine speziellere Färbung geben wollten. Eine ausführliche, wenn auch nicht genügend kritische Zusammenstellung gibt uns Voigt[1]).

Man darf nicht von der Vermutung ausgehen, dass die Römer bei der Wahl der Verben durchweg konsequent und systematisch waren. Im Gegenteil, die einzelnen Anwendungsfälle sind ohne eine solche Voraussetzung zu prüfen, besonders wo nichtjuristische Literatur benutzt wird.

§ 2.

Dernburg[2]) hat sich auf das bei den römischen Dichtern vorkommende pignus oppositum zum Beweise des frühen Aufkommens der Hypothek berufen. Dass das pignus oppositum aber durchaus nicht „der nationale Ausdruck für Verpfändung durch blossen Vertrag“ ist, ist schon von Scheuerl[3]) in Frage gezogen und von Demelius[4]) entkräftet worden[5]). Auch nicht einmal Scheuerls Annahme lässt sich aber als richtig erweisen, dass ein Gegensatz zwischen pignus depositum und oppositum be-

---

[1]) a. a. O. S. 236 ff. Vgl. auch Rudorff 194 ff., Kuntze 7 ff.

[2]) a. a. O. 64 f.

[3]) a. a. O. S. 428.

[4]) a. a. O. S. 232 f.

[5]) Cf. Kuntze 8. — Auch Pernice, Labeo I 426 f. lehnt die Beweiskraft der von Dernburg in Anspruch genommenen Stellen aus Plautus ab, stellt aber m. E. die Catonischen Formeln zu Unrecht auf dieselbe Stufe.

standen hätte, dass ersteres nur das in den Händen des Gläubigers gebliebene, letzteres das dem Schuldner precario zurückgegebene Besitzpfand wäre. Scheuerl selbst führt Belege nicht an. Mit Sicherheit kann man nur behaupten, dass pignus depositum stets das Besitzpfand ist. Dies ist auch der juristische Sprachgebrauch bei Paul. sent. 2. 4: Titel: *de commodato et deposito pignore fiduciave*, und 2. 5. 1. Von der hypotheca spricht Paulus in diesem Werke niemals[1]), auch an dieser Stelle nicht, da er die Realkontrakte im Auge hat. Auch in sent. 5. 26. 4 ist diese Bedeutung klar: *pignora apud se deposita* können nur Besitzpfänder sein; der Zusatz apud se macht die räumliche Beziehung noch klarer. — Isidorus 5. 25. 24 definiert in demselben Sinne: *Hypotheca est*, *cum res commodatur sine depositione pignoris*. . . So auch Alfenus-Paulus D. 12. 6. 36[2]).

Dass *pignus oppositum* das in dem prekaristischen Besitz des Schuldners zurückbleibende Faustpfand sei, wird durch den Sprachgebrauch der positiv von diesem Falle handelnden Stellen widerlegt. Es findet sich nicht in einer einzigen ein Anklang an jene Wendung[3]). Aber auch bei den älteren Stellen im Plautus und Terenz ist man mit Scheuerl nicht gezwungen, Rückübertragung anzunehmen. Das entscheidende Wort gegen diese wie Dernburgs und auch Voigts[4]) Ansicht hat Demelius[5]) gesprochen, und Kuntze[6]) und Herzen[7]) haben sich dem angeschlossen.

Wer z. B. die Stelle im Curculio II. 3. 76 liest: *Provocat*

---

[1]) Der Index vocab. iurispr. rom. ergibt, dass sich das Wort hypotheca von den benutzten Schriften nur in den Digesten vorfindet. Weiter unten wird von diesem Wort noch genauer zu handeln sein.

[2]) Rudorff 195 ff. weist mit Recht darauf hin, dass beim depositum pignus, der Besitz auf den Gläubiger, oder aber auf einen dritten Sequester übergeht, also jedenfalls nicht beim Schuldner zurückbleibt.

[3]) Vgl. D. 13. 7. 22. 3, 13. 7. 29, 13. 7. 35. 1, 41. 3. 33. 6, 13. 7. 37, 41. 2. 37.

[4]) Voigt führt S. 237 alle bekannten von pignus oppositum redenden Dichterstellen trotz aller inzwischen ergangenen, begründeten Anfechtungen ohne weiteres im Sinne des Vertragspfandes an.

[5]) a. a. O. 232 f.

[6]) a. a. O. 8 f.

[7]) a. a. O. S. 33.

me in aleam, ut ego ludam. Pono pallium: Ille suum anulum opposivit — der wird daraus lediglich schliessen, dass das opponere nur einen sprachlichen Gegensatz zu dem vorangehenden ponere bilden soll: der eine Spieler setzt, und der andere setzt dagegen. Unnatürlich und durch nichts erweislich wäre es, hier im Sinne des angefochtenen Sprachgebrauchs anzunehmen, dass der erste Spieler ein Besitzpfand (ponere), der zweite ein Vertragspfand (opponere) bestellte. Beide sind natürlich gleich zu behandeln. Die Ausdrücke wechseln nur aus rein sprachlichen und ästhetischen Gründen. Mit letzteren werden wir auch den anderen Dichterstellen nur gerecht werden können. Ferner Pseudolus I. 1. 85 ff.:

Calidorus: *potes nunc mutuam drachumam dare unam mihi, quam cras reddam tibi?*

Pseudolus: *Vix hercle opino, etsi me opponam pignori.* Dass es sich hier nicht um Stellung von Geiseln handelt[1]), sondern um Pfandsetzung, liegt auf der Hand. Das opponere bildet hier nur den logischen Gegensatz zu der Summe, für die die Pfandsetzung erfolgen solle: Der Sklave Pseudolus besorgt das Geld und setzt sich „dagegen“ zum Pfande. Dass nur eine Hypothek gemeint ist, die an sich zwar auch an Sklaven möglich ist[2]), dafür fehlt jeder Anhalt.

Ebensowenig beweisen die bekannten Stellen aus Terenz, Catull, Caecilius, Statius und Seneca den von Dernburg angenommenen Sprachgebrauch[3]). Auffallend bliebe ausserdem auch noch, dass sich die Verbindung *pignus opponere* weder in den älteren noch jüngeren Rechtsquellen, noch in der antiken spezifisch juristischen Literatur finden lässt. Umso bedenklicher ist also ein Schluss aus diesem rein dichterischen Sprachgebrauch für die Rechtsgeschichte[4]).

---

[1]) So Kuntze 8. Er spricht übrigens irrtümlich hier auch vom Curculio statt vom Pseudolus.

[2]) Vgl. D. 20. 1. 21. 1, 20. 1. 26. 2, 20. 2. 9.

[3]) Vgl. auch Iuvenal. sat. 9. 17 f. und Friedländers Anm. 18 dazu (Leipz. 1895). Zu Seneca vgl. Herzen 32.

[4]) Auch Kuntze 8 f. vermag aus den erwähnten Stellen nicht einen juristisch-technischen Sprachgebrauch abzuleiten. Er erklärt das opponere so: „Der Dichter . . . bedarf der Abwechslung und sinnlicher Ausmalung“.

Dass pignus oppositum soviel wie hypotheca wäre, scheint man früher auffallender Weise allgemein angenommen zu haben. Schon vor Dernburg vertrat Rudorff (a. a. O. 202) die Auffassung, dass beim suppositum und oppositum pignus der Verpfänder die possessio bis zum Zahlungstage retiniere. Gründe werden nicht angegeben, als ob es sich geradezu um Selbstverständliches handelte. Bei der Bildung des *pignus suppositum* war vielleicht das griechische ὑποτίϑημι vorbildlich. Jener Ausdruck hat zur Zeit Justinians in der Tat die Bedeutung eines Vertragspfandes. Stellen wie C. 7. 39. 7, 8. 16. 9. 1 und 8. 25. 11. 2 deuten darauf hin[1]).

§ 3.

Auch Voigts Auffassung über die sprachliche Fortbildung des *pignus oppositum* in der späteren Kaiserzeit kann nicht beigetreten werden[2]). „Und so nun werden verwendet 1) pignus, pignori rem obligare anstatt des alten pignori opponere, somit für die Bestellung der Hypothek". Die angezogenen Digestenstellen beweisen das nicht. Der Beweis würde auch nur dann geführt sein, wenn Scaevola, Paulus und Modestinus jene Wendungen nur in solchen Stellen gebrauchten, deren übriger Inhalt das Vorliegen eines Faustpfandes ausschliesst, oder doch wenigstens mehr die Annahme einer Hypothek rechtfertigt. Eine Prüfung der Voigtschen und anderer Stellen zeigt, dass die Ausdrücke *pignus obligare* und *pignori rem obligare* der Hypothek durchaus nicht vorbehalten sind. Es wird sich zwar aus einem noch aufzuklärenden Grunde rechtfertigen, dass obligare nicht nur von einigen Juristen, sondern immer mit Vorliebe von der Hypothek gesagt wird. Konsequenz fehlt aber auch hier. D. 40. 2. 4. 2, 9. 4. 26. 6 können auch vom Faustpfand handeln. In 20. 1. 22 ist der einzige Anhalt für Voigts Annahme die utilis pigneraticia des Gläubigers. Dies kann aber, da ein wirksames Pfandrecht überhaupt nicht vorliegt, nur die persönliche Gegenklage (contraria) auf Bestellung eines gültigen Pfandes sein, nicht etwa die vindicatio hypothecaria. Damit verliert auch diese Stelle ihre Beweiskraft. Die folgende

---

[1]) Vgl. auch Voigt 244 f.
[2]) a. a. O. 240 f.

l. 23 spricht gegen Voigt. Eine locatio praediorum obligatorum dürfte nur durch den Besitz des Gläubigers ermöglicht sein, es ist hier also an ein Besitzpfand gedacht; vgl. auch 20. 1. 30, 20. 2. 10, 20. 5. 8, 20. 5. 14, 13. 7. 41.

Bei Aufstellung und Verwertung der in Rede stehenden Terminologie verfuhr man aber noch in einem anderen Punkte ungenau, obgleich hierauf schon Bachofen gegen Rudorff hingewiesen hat[1]).

Dort wo nämlich pignus = Wetteinsatz ist, ergibt sich schon deswegen nichts für die Geschichte des Pfandrechts, weil trotz des gleichen Namens ein ganz anderes Rechtsverhältnis vorliegt. Wenn Plautus im Curculio II 3. 76 f. einen solchen Fall behandelt, so darf man aus dem „suum anulum opposivit" schon deshalb nicht den Schluss ziehen, dass Plautus hier von der Hypothek spricht, weil hier überhaupt kein Pfand gesetzt wird. Denn der Spieleinsatz ist selbst Gegenstand der zunächst bedingten Obligation; er kann also nicht zugleich ein Pfand für diese Obligation sein[2]). Der gleiche Name hat hier wie so häufig in der Geschichte des Pfandes irre geführt. Dass das Rechtsverhältnis hier ein anderes ist, kann den Römern nicht entgangen sein, wenn wir auch jene terminologische Feststellung machen müssen.

Auch aus dem dichterischen *pignus dare*[3]) bei Gelegenheit von Wetten und Spielen darf nichts für unseren Zweck abgeleitet werden. Da wo die datio pignoris sich nicht einmal an eine klagbare sponsio anschloss — um letztere handelt es sich in den bei Voigt zusammengestellten Fällen meist offenbar nicht — fehlte die Obligation, auch eine naturale, um deretwillen die datio erfolgte, überhaupt vollständig. Bachofen hat nicht Unrecht, wenn er die datio pignoris hier daher als faktische Sicherheit anstelle einer Klage ansieht, im Gegensatz zu der eine Klage gewährenden Sponsionswette, bei der sich daher ein pignus entbehren liess.

Voigt will S. 267 Anm. 70 offenbar auf Bachofen und

---

[1]) a. a. O. 481 f.

[2]) In diesem Sinne ist auch Demelius a. a. O. 227 f. der Auffassung von Rudorff, Bekker und Muther entgegengetreten.

[3]) Vgl. Demelius 227 u. Voigt 267 f.

Demelius replicieren. Er sieht in allen diesen Fällen der datio pignoris im Sinne der Römer ein wahres Pfand und findet den Grund dafür in der von der modernen abweichenden antiken Auffassung. Die Römer haben aber von Anfang an schon die Verpfändung für bedingte Forderungen zugelassen; ihnen war der rechtliche Charakter der letzteren schon sehr früh klar[1]). Der historisch erste Fall einer Hypothek wurde bekanntlich für die zukünftigen Forderungen des Verpächters gegen den Pächter geschaffen. Wenn die Dichter den Ausdruck pignus auch für den Spieleinsatz verwenden, so dürfen wir daraus nicht folgern, dass die Römer die juristische Eigenart dieses Falles verkannt und ihn als wahres Pfand angesehen haben, sondern nur, dass sie — wie so viele andere heterogene Fälle — auch diesen unter den von Hause aus gerechtfertigter Weise so allgemein gebrauchten Ausdruck pignus subsumierten.

Unbegründet ist auch, was Voigt[2]) von dem Ausdruck *pignus*, *pignori rem dare*, *accipere* sagt. Voigt behauptet, dass hiermit bei Scaevola, Paulus und Modestinus (im Gegensatz zu dem vorher erörterten, angeblich von der Hypothek gebrauchten *obligare*) ein Faustpfand gemeint sei. Die angeführten Stellen beweisen das aber durchaus nicht. Das pignori accepit bei Paulus D. 20. 1. 28 ist nämlich im Gegenteil von einer Hypothek gebraucht. Denn es heisst nachher von dem Gläubiger: *neque pater potest pignus vindicare neque filius.* Den Besitz kann hiernach also der Gläubiger erst nach Eintritt der gesetzten Bedingung, d. h. nach Fälligkeit der Forderung beanspruchen, was auf eine Hypothek hindeutet. Bei Paulus D. 20. 4. 14 ist auch eine Hypothek anzunehmen; denn wenn es von mehrmaliger Verpfändnng heisst: *si a diversis non dominis pignus accipiamus*, *possessor melior sit,* ist mindestens ein Gläubiger also Hypothekar. 20. 1. 34 pr. spricht ebenfalls gegen Voigt.

Hier handelt es sich, was Voigt übrigens nach seiner Aufstellung S. 240 f. unter I 1. selbst annimmt, um eine Hypothek; und dennoch beginnt die Stelle gleich mit: *Cum*

---

[1]) Hiervon geht auch Dernburg I 49 f. aus und kommt zu demselben Resultat.

[2]) a. a. O. S. 241. Kuntze 8 beruft sich auf ihn.

tabernam debitor creditori pignori dederit, ...[1]). Bezeichnend ist auch 20. 4. 13. Hier sagt Paulus sogar vom Pfand des Vermieters an den Sachen des Mieters, wo also an Besitzübergang nicht zu denken ist: *pignorum ab inquilino datorum ius*. Vgl. ferner: 13. 7. 2, 20. 4. 4, 20. 4. 9, 21. 2. 21. 1, wo pignus dare von der Bestellung der Hypothek gebraucht wird.

Dass in der bekanntlich weitaus häufigsten, daher auch allgemeinsten Verbindung *pignus* oder *pignori dare* speziell das dare nicht dazu verleiten darf, darin ohne weiteres eine Übergabe und im *accipere* die Annahme der Sache zu erblicken, zeigen schon die zahlreichen gleichartigen Verbindungen mit dem Worte hypotheca, das durchaus regelmässig ein besitzloses Pfand bedeutet: *hypothecam dare:* Gaius in D. 20. 4. 11. 1 und 20. 3. 2, Marcian in 20. 3. 1 pr., 22. 3. 23. *rem hypothecae dare:* Gaius in D. 20. 1. 15 pr., 20. 6. 7. 4, Marcian in D. 20. 1. 16. 1 und 2, 20. 6. 8. 7; *hypothecae nomine dare:* Gaius in D. 20. 1. 15. 1, Paulus in D. 20. 3. 4; *datio hypothecae:* Marcian in 20. 1. 16. 9, *hypothecam accipere:* Papinian in 20. 4. 1 pr. und l. 11 pr.

Dass für diese Verbindungen mit dem Worte hypotheca die entsprechenden mit pignus vorbildlich waren, liegt auf der Hand. Kuntze (S. 8), der hier bezüglich des plautinischen Sprachgebrauchs sich von Voigt leiten lässt, (vgl. auch Kuntze II 14) nimmt die Ausdrücke pignus und pignori dare übrigens zu Unrecht besonders für African, Pomponius und Papinian in Anspruch. Sie sind vielmehr ganz allgemein im Gebrauch: Julian: 13. 7. 29, Scaevola: 20. 2. 31 pr. und l. 34 eod., Paulus: 13. 7. 18. 4 und l. 20 pr. eod., Ulpian: 20. 1. 6 und 13. 7. 1. 2, Marcian: 20. 1. 11. 2. — Das dare ist auch nicht, wie Kuntze meint, ein Zeichen für die dabei bereits vorausgesetzte Dinglichkeit des Pfandrechts. Sonst würde es nicht schon so allgemein von Plautus (vgl. Demelius 227 Anm. 140 und Voigt 237 III) gebraucht werden, wo an Dinglichkeit noch nicht zu denken war, was auch

[1]) Voigt übersieht hier, trotzdem er diese Stelle kurz vorher (S. 241 oben unter Scaev.) als Fall für die Hypothek anführt, die Eingangsworte: pignori dederit, und behauptet unter 2., dass diese letzteren nur vom Faustpfand gebraucht würden.

Kuntze selbst meint, der die Grundlegung des dinglichen Pfandrechts erst in der Kaiserzeit beginnen lässt (18). Aus dem Worte dare müssen wir uns bemühen möglichst wenig zu schliessen. Es setzt weder die Gewährung eines dinglichen Rechts, noch überhaupt eine Übergabe voraus. Sagt z. B. Marcian (20. 6. 5. 1) doch sogar fideiussorem dare, und enthält schon der puteolanische Kontrakt v. J. 649 d. St.[1]) die Verbindung: praedes dato. (Vgl. auch D. 18. 1. 53, 46. 3. 73). Über hypothecam dare u. a. dürfen wir uns daher nicht wundern. Wir haben *dare* im Sinne der Römer etwa als „gewähren, verschaffen" aufzufassen.

§ 4.

Wir müssen uns hier überhaupt ein Bild von der grossen Mannigfaltigkeit der Formen bei Bezeichnung der Verpfändung und der Pfandwirkung machen, die über das von Kuntze (I 7 ff., II 14 ff.) Registrierte sehr weit hinausgeht[2]). Der häufigste und ebenso alte Ausdruck ist *pignus* (*-ori*) *dare*, wonach später auch *hypothecam* (*-ae*) *dare* gebildet wird. Dass ersterer Ausdruck, wie Kuntze (I 8) beobachtet, erst später häufiger und mit Vorliebe bei African, Pomponius und Papinian gebraucht werde, entspricht durchaus nicht unseren Feststellungen; pignus dare ist vielmehr offenbar einer der ältesten Ausdrücke, der unabhängig von der Dinglichkeit des Pfandrechts entstand und Gemeingut ist. Nicht dieser Ausdruck wird häufiger, sondern die Quellen werden zahlreicher.

Ausserdem finden sich aber etwa 60 andere Verbindungen, bei denen im folgenden nur eine oder die andere Quelle vermerkt sei:

contractus pignoris 13. 7. 39.
obligatio pignoris contrahitur C. 8. 25. 2.
pignus (hypotheca) contrahitur 20. 1. 4, 20. 1. 3 pr., 20. 4. 3. 2.
ius pignoris contrahere 27. 9. 3. 1.
pignus obligatur 20. 2. 10, C. 8. 18. 1 pr.

[1]) Lex Puteolana bei Mommsen, Insc. Neap. 2458 oder Orell. 3687, Haubold, monum. legal. S. 71.

[2]) Kuntze bringt übrigens, während er vom Pfandvertrage spricht, die Wendungen bei der besonderen Verkaufsabrede mit hinein, die hier nicht interessieren.

rem obligare 20. 1. 26. 2, 20. 3. 1. 1, 20. 1. 4.
pignus constitutum est 20. 4. 10, 13. 7. 26 pr. u. § 1.
rem pignori (hypothecae) obligari (20. 1) 10, 13 u. 15 pr.
pignus obstrictum est 13. 7. 11. 3.
pignori obstringere C. 8. 23. 1 pr.
rem obstringere C. 8. 25. 4.
res pignori tenetur 20. 1. 13 pr.
pignori ponere 13. 7. 27, 12. 6. 36, 32. 38 pr., 32. 33. 2[1]).
pignus deponere 12. 6. 36.
rem supponere C. 8. 25. 11 pr., 8. 33. 3. 4 b, 4. 24. 9.
pignus (hyp.) suscipere 20. 1. 2, 3. 5. 31 pr., 4. 9. 1. 7.
rem pignori pignerare 20. 1. 13. 2.
rem pignerare 20. 1. 21. 1, C. 8. 16. 4 u. 5.
hypotheca obligata est 20. 1. 13. 5 u. 6.
res tenentur 20. 1. 15. 1, 20. 4. 12. 6 u. 8, 13. 7. 11. 5.
de pignore (hypotheca) pacisci oder convenire 20. 1. 16. 8, 20. 4. 12. 2 u. 4, 20. 1. 21 pr.
rem pignori pangere nur Gai. IV 147.
hypothecam obligatam habere 20. 1. 16. 8.
res hypothecae seu pignori nexa C. 8. 27. 2 u. 7.
creditoribus „cedere“ C. 8. 34. 1 (vgl. D. 20. 4. 20).
pignori accipere 20. 1. 19.
pignus accipere 20. 1. 24, 12. 1. 28.
rem pignerare 20. 1. 21. 1, 33. 4. 15.
pigneratio 20. 1. 9. 1[2]).
obligatio pignoris est contracta 20. 3. 4.
pignoris obligatio ex contractu obligatur 20. 1. 23. 1.
res in causam pignoris cadit 20. 1. 29. 1.
res pignoris hypothecaeve iure obnoxiae C. 8. 25. 10.
pignoris iure obligari 20. 1. 29. 3, C. 8. 15. 3, 8. 17. 8.
pignoris hypothecaeve titulo dare C. 8. 34. 2.
pignus est 20. 1. 31 pr., 13. 7. 33.
pignoris titulo obligare C. 8. 13. 26 u. 8. 14. 2.
convenire de pignore 20. 1. 34. 1, 20. 3. 3, 13. 7. 41.

---

[1]) Von dieser Wendung wird unten bei Alfenus ausführlicher die Rede sein. Daselbst noch andere Stellen.

[2]) Sonst findet sich das Substantivum *pigneratio* keinmal mehr in den Digesten.

in causam pignoris esse C. 8. 16. 1.
iure pignoris teneri C. 8. 15. 6, 8. 22. 1.
iure pignoris accipere 20. 3. 1. 2.
pignori esse [1]).
hypothecam committere nur 36. 3. 7.

ius, nexus, obligatio, titulus, causa } pignoris.

pignori habere 32. 101 pr., 20. 4. 2.
pignoris nomine tenere 20. 2. 9, 39. 1. 9, C. 8. 26. 1 pr.
pignoris nomine dare 41. 2. 37.
hypothecae nomine dare 20. 3. 4.
pignoris hypothecaeve nomine rem transferre 32. 38 pr.
pignori hypothecaeve nomine rem obligare 20. 4. 12 pr.
hypothecae nomine obligare 20. 1. 4, 20. 1. 15, 20. 4. 11. 2.
pignus tradere 32. 34 pr.
pignoris nomine obligare C. 8. 25. 1.
pignoris causa obligare C. 4. 24. 11.
rem pignoris causa abstrahere C. 8. 16. 7 pr.
pignoris causa teneri C. 8. 14. 5.
pignoris gratia auferre C. 8. 16. 8.
pignoris causa tradere u. accipere 13. 7. 8 pr. 23. 3. 50. 1 [2]).

[1]) Dass diese Wendung eine besondere Bedeutung hat und der Vertragsformel entstammt, wird unten S. 29 ff. dargelegt werden. Daselbst die loci.

[2]) Gradenwitz (Sav. Zeitschr. 7 S. 46 f.) hält diese Wendung, die noch in 44. 7. 16 und 41. 2. 36 vorkommt, stets für interpoliert statt fiduciae causa mancipio dare. Für fiduciae sei pignoris und für mancipio dare sei tradere geschrieben worden. Ich gebe zu, dass dieser Gedanke nach Lenels Ausführungen (Sav. Z. 3 S. 119) nahe lag. Wenn man sich jedoch den oben ersichtlichen grossen Reichtum an Ausdrücken und Verbindungen vergegenwärtigt, so wird man die vorliegende Wendung jedenfalls nicht mehr als „schleppend und ungewöhnlich" bezeichnen können und die Konsequenz daraus fallen lassen. Jene Wendung erscheint als eine von vielen willkürlichen Variationen, von denen andere noch umständlicher sind. Dabei sind die anderen aufgezählten Verbindungen, im Vergleich zu dem üblichen pignus (-ori), hypothecam (-ae) dare — in dem uns Überlieferten — auch teilweise nur ganz vereinzelt, kommen gar nur einmal vor. — Vgl. hierzu Geib, Sav. Zeitschr. 8 S. 115 Anm., Oertmann S. 40 f., hingeg. 29 und Gradenwitz, Interpol. S. 197 Anm. — Die Wendung pignoris causa wird mit allen

Für die Beendigung des Pfandrechts finden sich folgende Verbindungen, wobei die häufigeren vorangestellt sind:

pignus (hypotheca) solvitur 20. 6. 5 pr., 13. 7. 24. 3, tit. 20. 6.
hypotheca liberatur (20. 6) 4. 1, 5. 2, 6 pr., 7 pr.
pignus (hypothecam) liberare[1]) 20. 6. 6. 1, 20. 1. 16. 6.
rem liberare 18. 1. 41 pr., 31. 1. 60. 8.
pignus luere 30. 57 u. 86 pr.
rem luere (10. 2) 28 u. 31.
pignoris luitio tit. C. 8. 30.
obligatio pignoris dissolvitur 46. 3. 69 und C. 8. 25. 2.
vinculum pignoris dissolvitur C. 8. 25. 9. 1.
pignus perit. 20. 6. 8 pr.
pignus peremitur 20. 1. 13. 2 (persecutio p. p. 41. 3. 44. 5).
pignus finitur (20. 6) 3 und 6 pr.
pignus exstinguitur (20. 6) 8. 12 und 9 pr.
pignus remittere (20. 6) 10 und 12.
pignus omittere 42. 8. 18, 46. 1. 51. 3.
obligatio pignoris finitur 13. 7. 24 pr.
desinit pignori esse 18. 2. 4. 3.
desinit pignus esse 13. 7. 29.
pignus (hypotheca) exoneratur 13. 7. 35 pr., 20. 1. 16. 6.
ius (nexus) pignoris evanescit 20. 1. 31 und C. 8. 25. 4.
obligatio extincta C. 8. 25. 9. 1.
pignus intercidit C. 8. 26. 1 pr.

§ 5.

Statt Gaius wegen seiner unrichtigen Ableitung des Wortes *pignus* in seinem Zwölftafelkommentar zu tadeln, hätte man sich

möglichen Verben verbunden. So p. c. abstrahere, obligare, teneri, wie oben angegeben, auch p. c. firmare C. 8. 17. 5. Warum sollen wir uns dann über pignoris causa tradere, accipere wundern? — An sachlichen Gründen zur Annahme einer Interpolation in den beiden Stellen des Textes fehlt es aber auch, wie weiter unten, insbesondere bei African dargelegt werden wird.

[1]) Es fällt hierbei die Identität der Ausdrücke für die obligatorische und die pfandrechtliche Haftung und deren Aufhebung auf. Dem obligare und teneri entspricht das solvere und liberare, in beiderlei Beziehung. Bei vielen Wendungen muss man daher erst auf den weiteren Inhalt der Stelle eingehen, um zu wissen, ob die persönliche oder dingliche Haftung gemeint ist. Diese Identität der Ausdrücke zeigt eine Identität des Begriffs, ähnlich unserer „Haftung“ und deren Aufhebung an.

m. E. dadurch schon längst zu der Frage anregen lassen sollen, ob nicht der den spezifisch juristischen Quellen vorschwebende Begriff dieses Ausdrucks ein anderer, engerer ist, als der in der übrigen antiken Literatur hervortretende, der sich nur durch die allgemeine Stammesbedeutung rechtfertigt. Im Gegensatz zu allem Eifer, den man hier grade auf die Durchforschung der nicht-juristischen Literatur aufgewendet hat, ist diese Frage noch nicht berücksichtigt worden; und doch ist sie um so notwendiger, als sich jene Forschungen als wenig fruchtbar und ihre Ergebnisse als recht trügerisch ergeben haben[1]).

In erster Linie bedeutet pignus in den juristischen Quellen, die wir hier jetzt nur im Auge haben wollen, bekanntlich das Besitzpfand und wurde nach Entstehung des blossen Vertragspfandes auch für diesen Begriff angewendet. Im Begriffe pignus waren insofern also als Elemente, allgemein ausgedrückt, enthalten: Sicherung einer Forderung durch vertragsmässige Haftung einer Sache für dieselbe.

Ulpian zeigt uns zunächst eine Erweiterung dieser Begriffsgrenzen in D. 13. 7. 26:

> Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripserit. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

Auch Ulpian hat bei seinem: *non est mirum* offenbar jenen ursprünglich engeren Begriff *pignus* im Auge, der durch die vertragsmässige Entstehung des Rechts begrenzt ist. Aber dieses Recht kann auch einseitig geschaffen werden, durch

[1]) So schliesst z. B. Kuntze I 25 A. 10, 26 aus der bei Gaius vorgefundenen Ableitung von pignus, dass wir das pignus bei Plautus, Terenz und Cato bis auf zwingenden Gegenbeweis als pignus traditum ansehen müssten. Wir wissen aber zunächst gar nicht, ob der Sprachgebrauch bei Plautus, Terenz und Cato sich mit Gaius deckt, dürfen bei der allgemeinen Stammbedeutung von pignus also weder dies noch das Gegenteil vermuten. Unrichtig sagt Kuntze übrigens S. 26, dass die Ableitung pignus von pugnus bei den Römern „allgemein“ gewesen wäre. Gaius steht hier, wie wir sehen werden, allein da. In diesem Absatz verwechselt Kuntze übrigens Cato konsequent mit Plautus.

Testament[1]) wie prätorische Einweisung. So wird jene Begriffsbeschränkung fortgelassen, und infolge des pignus praetorium werden wir den Begriff erweitern müssen: *pignus* ist die Sicherung einer Forderung durch vertragsmässig oder richterlich begründete Haftung einer Sache für dieselbe. Die Römer wenden den Ausdruck *pignus* also auch für das dem vertragsmässigen Pfand sowohl in der Anordnung wie in den Wirkungen sehr unähnliche sog. prätorische Pfand an[2]), weil sie bei der Bildung des genus „pignus" diese Faktoren in den Kreis der einzelnen species verwiesen und nicht zum Gattungsmerkmal erhoben.

Dass die Römer bei dieser Begriffsbildung praktische Zwecke verfolgten, liegt auf der Hand. Bekanntlich wollte man durch die Unterstellung der *missiones* unter den Pfandbegriff die subsidiäre Anwendbarkeit der Rechtssätze des letzteren auf jene ermöglichen[3]). Diese Unterstellung tritt hervor z. B. in D. 10. 2. 18. 6 (*vice pignoris*), 15. 1. 23 und 30. 1. 114. 12 (*pro pignore*). C. 6. 54. 3 (*veluti pignus*). D. 36. 4. 5. 21 (*exemplum pignorum sequimur, . . . exemplo pignoraticiae actionis)* 42. 5. 35 (hier fällt auf, dass von der unwirksamen *missio absentis nomine* gradezu gesagt wird: *pignus non contrahere;* dasselbe in 27. 9. 3. 1).

Auch Justinian lässt diese Begriffserweiterung noch deutlich erkennen.

> C. 8. 22. 2. Veteris iuris dubitationem decidentes ad duplum genus hypothecarum — (i. w. S.) — respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur. Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel

---

[1]) Vgl. Dernburg I 285 ff. Da das pignus testamentarium eine Hypothek gewährt und auch erst in der späteren Kaiserzeit auftritt, kommt es hier nicht in Betracht. Vgl. C. 6. 43. 1.

[2]) Julian hebt in D. 41. 5. 2 pr. z. B. hervor: Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur . . . custodiae enim causa rem tenet. Trotz dieses anderen Zweckes sagt er darauf von dem Berechtigten: ius pignoris retinebit. Das ius pignoris wird hier wie sonst im Sinne von pignus gebraucht (27. 9. 2 u. 3 pr. u. § 1).

[3]) Vgl. Bachofen 425 f., 479 f., Dernburg I 407 ff.

hyothecis non solum tenentem creditorem adiuvari, sed etiam . . . . et in praetorio pignore . . .

Dass es sich hier aber um eine künstliche, durch äusseren Zweck motivierte Begriffserweiterung handelt, und die *missio* von den Juristen niemals als echtes *pignus* angesehen wurde, ist folgenden Stellen zu entnehmen:

30. 114. 12: Die missio fideicommissi servandi causa (Severus und Antoninus) bewirkt: ut pro pignore, non ut pro dominis possideant.

42. 5. 35: eum autem, qui rerum eius, qui sine dolo malo rei publicae causa afuit, in possessionem missus sit, pignus non contrahere et ideo discedere oportere de possessione.

42. 8. 13: Illud constat eum qui pignus tenet hac actione (Pauliana) non teneri: suo enim iure et ut pignus, non rei servandae causa possidet.

Als richterlich begründete Sachhaftung für eine Forderung erklärt sich auch die Bezeichnung *pignus in causa iudicati captum*. Zugrunde liegt der Judicatsanspruch, der in die richterlich gepfändete Sache vollstreckt wird[1]. Bei aller Verschiedenheit der accidentellen Faktoren finden wir die essentiellen unserer letzten Definition hier wieder[2].

Dasselbe ist bei der *legis actio per pignoris capionem* der Fall. Hier liegt eine privilegierte Forderung zugrunde (Gai. IV 26 ff.), für die eine Sache des Schuldners, pfandweise haftend, in Anspruch genommen wird[3].

Man sieht bis jetzt, dass der Ausdruck *pignus* nur von einer für den Schuldner mit Besitzverlust verbundenen Sachhaftung gebraucht wird. Beim alten pignus, beim pignus captum und praetorium verliert der Gläubiger mindestens die Innehabung der verhafteten Sache. Der Verkauf ist andrerseits kein dem Begriff *pignus* von Hause aus wesentlicher Bestandteil.

In den Digesten findet sich pignus aber noch in anderer Bedeutung.

D. 18. 4. 22: Hereditatis venditae pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora

---

[1]) Vgl. D. (42. 1) 31, 58 u. 15. 2, 20. 4. 10.

[2]) Vgl. die zutreffenden Ausführungen in der Spezialuntersuchung von Fleischmann, D. pign. i. causa iud. capt. (1896) S. 61 ff.

[3]) Vgl. Dernburg I 47 ff.

hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi cur non teneantur.

Zunächst bleibt hier wie in den anderen Fällen (33. 4. 5, 19. 1. 13. 8, 21. 1. 31. 8, 47. 2. 15. 2) zu beachten, dass nur von einem tenere bzw. retinere rem pignoris nomine oder loco oder gar einem quasi pignus die Rede ist. In den Fällen solches Retentionsrechts wird also der Ausdruck pignus in Relation auf dessen engeren Sinn nur analogieweise oder bildlich gebraucht[1]). Es muss hier also ein Element des Urbegriffs fehlen. Das Verkaufsrecht kann es nicht sein, da dieses dem pignus auch nicht wesentlich war. Der Mangel kann nur in der Entstehung des Rechts und dessen Voraussetzungen liegen, indem bei der blossen Retention die conventio fehlt, ebenso aber auch die anderen erwähnten Pfandtitel. Für diese Titel ist bei dem Retentionsrecht kein Raum, weil einmal bei letzterem ein selbständiges Forderungsrecht gar nicht vorzuliegen braucht und der Berechtigte auch der Eigentümer der retinierten Sache sein kann, wie es in 18. 4. 22 der Fall ist[2]). In Betracht kommt aber auch in diesem Falle, dass der pignoris nomine Berechtigte die Sache ebenfalls innehat und sie dem Gegner entzieht.

---

[1]) Ganz deutlich wird dies bei Paulus D. 47. 2. 15. 2: Ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit. — Vgl. auch die Gegenüberstellung in 36. 1. 61 pr.: igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit . . . S. a. 39. 2. 34.

[2]) Herzen 17 sagt hierzu: „les choses héréditaires, en effet, restent propriété du vendeur jusqu'an paiement du prix et ne peuvent donc pas lui être engagées. Pignoris nomine teneri exprime ici un droit de rétention (Pernice, Labeo II 2 ed. p. 254 n. 1)". Dass die missio in possessionem auch nur „un simple droit de rétention" gewesen ist, wie Herzen meint, ist unrichtig, wie oben dargelegt worden. Vgl. D. 27. 9. 3. 1: hae enim obligationes (nämlich pignoris capio und missio) sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit (diese voluntas ist der Titel des pignus conventum), sed ex magistratuum auctoritate. Letztere gewährt aber mehr als „un simple droit de rétention", nämlich zunächst schon das possessionem adipisci und zwar, im Gegensatz zum Retentionsrecht nur wegen eines selbständigen Anspruchs, während sich im Retentionsrecht bisweilen der Anspruch erschöpft.

Wie steht es schliesslich mit dem *pignus redemptoris* am redemptus? Die Bezeichnung des Rechts des Loskaufenden an der Person des Losgekauften als pignus ist bekannt[1]). Dass hier ein uneigentliches pignus vorliegt, lässt noch C. 8. 50. 2. 1 erkennen:

Proinde si ab hostibus redemptam post dissolutum veluti naturalis pignoris vinculum ....

Der redemptor erwirbt an dem freien redemptus kein Eigentum: D. 49. 15. 21 pr., 28. 1. 20. 1: *hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri donec pretium solvat.* Dennoch hat er das Recht an der Person des redemptus: 49. 15. 19. 9: *ius pignoris quod in redempto habet:* und noch krasser in 30. 43. 3: *Qui ab hostibus redemptus est legari sibi poterit et proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit qui redemit*[2]).

Zu einer klaren Fixierung des Rechtes des redemptor haben es die Römer nicht gebracht. Jedenfalls besteht aber auch hier eine „Haftung" des redemptus. Er bleibt bis zur Erstattung der Lösung in Abhängigkeit vom redemptor. Er ist auch Träger einer Schuld an den redemptor, der die Lösung gezahlt hat[3]). Wir finden also auch hier die Haftung (das vinculo quodam i. e. pignoris retineri) für ein debitum wieder. Auf der Person des redemptus ruht eine Last, die ihn zur Erstattung des Lösegeldes antreiben soll — genau so wie bei dem alten pignus, das ja auch nicht Befriedigung, sondern nur Sicherung und Nachdruck auf den Schuldner gewährte. Die Persönlichkeit des redemptus wird als vom Gläubiger retiniert angesehen, worin wir das possessorische Element wiedererkennen.

So zeigt sich, dass das alte *pignus* der Juristen ein engerer und schärfer umgrenzter Begriff ist. Es ist die auf vertragsmässigem, richterlichen oder gesetzlichen Titel beruhende Haftung eines Wertes für einen An-

---

[1]) Vgl. Bachofen 273 ff.

[2]) Interessant ist die Konsequenz in D. 49. 15. 12. 12.

[3]) Bachofen 275 ist ohne Grund entgegengesetzter Meinung. D. 49. 15. 15 sagt: sine obligatione debiti obisse; die Römer müssen also auch eine persönliche Schuld des redemptus zur Rückgabe der Lösungssumme angenommen haben. Vorher heisst es im Einklang damit: quasi iure pignoris finito: sowohl eine dingliche (wenn man sie hier so nennen darf) als eine persönliche Haftung ist hier zu erkennen.

spruch, so jedoch, dass dieser Wert dem Schuldner entzogen ist und vom Gläubiger besessen wird. Von diesem Begriff ist Gaius in seiner Ableitung nicht so fern. In Betracht kommt schliesslich dabei aber noch sehr, dass die Fälle der missio, redemptio und retentio den Juristen nur als uneigentliche pignora erscheinen und ausserdem gegenüber dem anderen terminologisch vereinzelt seltene sind. Umso mehr werden wir Gaius verstehen und den juristischen Begriff regelmässig im engsten Sinne zu verstehen haben.

II. Die Literatur in terminologischer und pfandgeschichtlicher Hinsicht.

§ 6.

Bei dem Streben, das Datum der Hypothek wie überhaupt der Entwicklung des Pfandrechts möglichst spät zu fixieren, wirkt ein Umstand sichtlich ganz besonders irreführend mit. Man bringt aus den Fragmenten der späteren Klassiker Beweismaterial dafür heran, dass das Pfandrecht erst bei ihnen, erst etwa von Pomponius oder Gaius[1]) ab in der Literatur auftrete. Es ist aber dabei ganz ungeprüft geblieben, was wir denn eigentlich aus der Republik und der ersten Kaiserzeit an pfandrechtlichen Fragmenten besitzen. Bei dem in seinen Einzelheiten uns unbekannten Vorgange der Tribonianschen Arbeiten spielten jedenfalls historische Gesichtspunkte keine Rolle. Man hat die jüngsten Juristen, wenn mancher unter ihnen auch unbedeutender war als ältere, der Bequemlichkeit halber am reichlichsten excerpiert; steckte doch im jüngsten Material von dem älteren latent alles das, was in Betracht kam[2]). Können wir also, wenn, wie sich zeigen wird, die Juristen von Julian ab (freilich wieder mit einigen Ausnahmen)

---

[1]) Vgl. Kuntze II 3 ff.

[2]) Vgl. unten sub Papinian am Anfang.

bedeutend reichlicher mit Pfandrecht in den Digesten vertreten sind als die älteren, darauf auch nur die Vermutung gründen, dass daran der Stand der Entwicklung des objektiven Rechts in dieser Materie Schuld ist?

So erscheint es jetzt unumgänglich notwendig, der Literatur der römischen Juristen Aufschluss hierüber abzuringen; ist sie uns durch Lenels Palingenesia doch viel leichter zugänglich gemacht[1]).

Servius: 47. 10. 15. 32 (80).

Alfenus: 12. 6. 36 (69)[2]).

Labeo: 13. 7. 3 (278), 13. 6. 5. 12 (79), 20. 6. 14 (sub Javolen 213), 20. 1. 35 (195), 22. 1. 49 = 50. 17. 72 (sub Javolen 190), 42. 8. 6. 6 (147), 2. 13. 6. 3 (13), 43. 32. 1. 4 (181).

Mela: 47. 2. 52. 7 und 18.

Sabinus: 13. 7. 36.

Nerva und *Proculus:* 20. 4. 13.

Nerva: 20. 2. 9.

Nerva und *Atilicinus:* 44. 4. 4. 8, 34. 3. 16.

Atilicinus: 20. 6. 6. 2, 13. 7. 6 pr.

Cassius: 13. 7. 18. 3, 41. 3. 4. 21 (Javolen 62).

Plautius: 20. 4. 13 (3), cf. 41. 3. 16 (= Javolen 158).

Octavenus: 20. 3. 1. 2.

Javolenus: 47. 2. 74 (62), 41. 3. 16 (158), cf. Labeo 22. 1. 49 und 20. 6. 14.

Aristo: 20. 3. 3 (26), 13. 1. 12. 2.

---

[1]) Weniger zeitraubend wäre die Benutzung dieses Werkes dann gewesen, wenn es durch ein Generalregister alle Digestenstellen sofort auffindbar machte (vgl. auch Kipp 493). Jedoch wäre es undankbar, wo wir so viel Bequemlichkeit erlangt haben, noch mehr zu wünschen. — Herzen hat das Verdienst, im 1. Kapitel seines Werks auch bereits die „textes juridiques“ zum ersten Male registriert zu haben. Wir brauchen nicht zu betonen, dass die Aufstellung obigen Katalogs natürlich ganz unabhängig von Herzen erfolgen musste, um eine bisher nicht vorgenommene Nachprüfung von Herzens Quellenmaterial zu gewinnen. Es wurde hierbei neben Lenels Palingenesia auch der in Berlin ruhende Index des Vocab. iurispr. Rom. benutzt. Bei einzelnen Stellen sind in Klammern die Ziffern von Lenels Fragmenten (wenn nicht anders bemerkt unter dem betr. Autor) beigesetzt. Überall erschien dies nicht notwendig.

[2]) Herzens 13. 7. 30 handelt nicht vom Pfandrecht.

Celsus: 20. 1. 14 pr. (213), 46. 3. 69 (203), 43. 26. 11 (65), 10. 4. 5 pr. (37), 10. 2. 18. 4.

Neratius: 20. 2. 3 und 4, 10. 2. 18. 7 (121), cf. Aristo 13. 1. 12. 2.

Ein spärliches Ergebnis! Aus der Zeit der Republik nur 2 vom Pfandrecht handelnde Fragmente! Bis zu Hadrian auch nur vereinzelte Äusserungen. Umso nötiger ist es, jedes Fragment einzeln auf seine Beweiskraft in terminologischer und geschichtlicher Hinsicht zu prüfen. Wo es zur Kritik und Auslegung des Textes nötig ist, wird schon hier auch auf den Inhalt einzelner Fragmente genauer eingegangen. Insbesondere soll in diesem Teil die Textkritik erledigt werden, um davon den geschichtlichen Teil zu entlasten. Entspräche die Quantität der uns überlieferten Fragmente der Entwicklung des Pfandrechts, so müssten die zu betrachtenden Stellen auch durch Einfachheit ihres Inhalts auffallen. Wir werden aber das Gegenteil beobachten.

§ 7.

Die älteste der oben citierten, von Servius stammenden Äusserungen in 47. 10. 15. 32 behandelt zwar ein fingiertes Pfand und zwar anscheinend ein Besitzpfand, jedoch ist sie bedeutsam, weil Servius hier bereits von einer venditio pignoris spricht. Dass Servius der Autor dieses ganzen Ausspruchs ist, und nicht etwa Ulpian, ist mit Sicherheit daraus zu schliessen, was wir aus C. 8. 33. 3 pr. von Justinian erfahren. Die in jenem Digestenfragment behandelte proscriptio kann nur die zum Zweck der dominii impetratio vorgenommene öffentliche Ausbietung des Pfandes sein, da die venditio selbst stets ein Privatgeschäft war, mit dem der hier in Frage stehende Zweck der Beleidigung kaum erfüllt gewesen wäre. Diese publica proscriptio wird von Justinian im Eingang seiner Verordnung als eine vetustissima observatio bezeichnet, der er auch formell ein Ende machen wolle[1]).

[1]) Pernice, Labeo I 427 bei Anm. 10 wird auch dieser Stelle nicht gerecht. Dass pignus hier interpoliert sei, ist eine unbegründete Annahme, die nur dem Bestreben entspringen kann, die Beweiskraft dieser Stelle zu beseitigen. Wenn Servius auch nicht ex professo vom pignus spricht, so

Die nächste Stelle (12. 6. 36 Paulus *libro quinto epitomatorum Alfeni digestorum*) scheint ein ziemlich wörtliches Referat zu sein. Sie ist mit jener behaglichen Breite geschrieben, wie sie auch von Kalb[1]) bei diesem aus einfachen Verhältnissen hervorgegangenen Juristen allgemein beobachtet wird. Die Wendung pignori ponere finden wir jedenfalls bei Paulus selbst nirgends (s. u.). Das *respondit* des zweiten Satzes deutet ebenfalls darauf hin, dass es sich um einen Bescheid aus dem Originalwerk handelt, dessen Urheber höchstwahrscheinlich sogar Servius ist[2]).

Das im Wechsel mit ponere nachher auftretende deponere ist danach schon ein altbekannter Ausdruck (depositum est quasi diu positum (Paul. sent. 2. 12. 2).

Aus den Worten: *pignori eam posuit* folgt, dass diese Verbindung nicht nur eine dichterische ist[3]), sie wird auch nicht nur vom Wetteinsatz gebraucht[4]), sondern ist auch juristisch technisch. Sie erinnert an die germanische „Satzung", an das heutige „Versetzen"[5]). Auch bis in die jüngste Zeit ist sie noch in folgenden Stellen vereinzelt im Gebrauch: Scaev. (32) 33. 2 und 38 pr., Ulp. 13. 7. 27 und C. 8. 16. 2.

Alfenus hat ohne Zweifel ein Besitzpfand vor Augen (arg.: „accepit", „redditurum"). Bei Scaevola kann dies nicht aus dem übrigen Inhalt eindeutig geschlossen werden; es scheint sich jedoch auch um ein Besitzpfand zu handeln. Bei Ulpian

---

muss er nach dem Fragment zweifellos ein Pfand kennen, das bereits verkauft, resp. wenn es nicht verkaufsfähig ist, dem Gläubiger zugesprochen wird. Wir haben hier also grade ein direktes Zeugnis gegen die ganze dortige Auffassung von Pernice, der das Entstehungsdatum der Verwertungsbefugnis des Gläubigers erst nach 20. 1. 35 zu Unrecht in die Zeit Labeos verlegt. — Naber 222 A. 6 hat wohl auch nur jene Bemerkung von Pernice im Auge und scheint im Grunde der Annahme einer Interpolation in unserer Stelle abgeneigt zu sein. Der von Naber für cap. 116 seiner observatiunculae de iure Rom. angekündigten Prüfung der Frage des Verhältnisses der Hypothekenklage zur lex Aebutia sehe ich mit Spannung entgegen. Die Bemerkung von Jörs (180 oben) ist durchaus richtig.

[1]) Roms Jur. 39.

[2]) Vgl. Krüger S. 65, Kalb 42.

[3]) Vgl. Voigt 239 unter 2.

[4]) Vgl. Rudorff 194 ff., Dernburg I 50.

[5]) Cf. Kuntze 7, Rudorff 200.

liegt Besitzpfand vor (arg.: „susceperat, tenet"). Bei Justinian deutet das: *emptiones agrorum suorum pignori posuit* auf eine Übergabe der Kaufurkunde hin[1]). Wenn diese Auslegungen richtig sind, hätte also der Ausdruck pignus ponere, wenn er auch nur vereinzelt vorkommt, seine anfängliche Bedeutung bis zuletzt beibehalten[2]).

Ebenso ist es mit dem Compositum *depositum pignus* gewesen. — Das *oppositum* ist eben bereits erörtert worden, es heisst auch nur so viel wie „setzen", und zwar — gegenüber der empfangenen Leistung — „dagegen setzen", und es bedeutet durchaus nicht ein Vertragspfand, ist ausserdem lediglich dichterisch. — Das pignus depositum ist hingegen ein juristisch technischer Ausdruck[3]). Schon oben S. 9 wurde festgestellt, dass das p. depositum stets das Besitzpfand ist. Dass das deponere (ebenso wie opponere) nichts anderes bedeuten soll als das ponere, zeigt sich besonders bei Alfenus-Paulus in D. 12. 6. 36, wo deponere mit ponere einfach vertauscht wird.

Die von Herzen bei Alfenus angeführte 13. 7. 30 handelt nicht vom Pfandrecht und gehört auch nicht in diesen Digestentitel.

§ 8.

Bei Labeo sind die ersten beiden Stellen (13. 7. 3, 13. 6. 5. 12) nur Citate von Pomponius bzw. Ulpian, und es ist dabei

---

1) Hierzu Hellwig S. 5 ff.

2) Dass wir im *pignus ponere,* wie Kuntze (I 6) gemäss Voigt (239) meint, „den ursprünglichen Kunstausdruck" vor uns haben, ist nicht erwiesen. Das pignus (-ori) dare (accipere) ist ebenso „einfach" und „ursprünglich". Gegen Kuntzes Annahme spricht, dass jene Verbindung sich ganz vereinzelt findet, für unsere, dass p. dare (accipere) die stehende Phrase geworden ist. Sie tritt übrigens in den vorhandenen juristischen Quellen ebenso früh auf, wie das ponere. Alfenus (12. 6. 36) braucht anscheinend neben ponere auch die Verbindungen mit accipere, reddere. — Der Plautinische Sprachgebrauch, auf den allein Kuntze sich beruft, kann schon deshalb nicht entscheiden, weil bei Plautus auch bereits *pignus dare* vorkommt (Truc. 2. 2. 20, Epid. 5. 2. 34 ff., Poen. 5. 4. 72, Bacch. 4. 9. 132 f.), ganz abgesehen davon, dass Plautus in diesen Fällen des p. dare wie ponere an Wetteinsatz, nicht an Pfand denkt. — Das *pignus positum* wird als Besitzpfand auch von Naber, Observ. 213. 2 angesehen.

3) Über den dichterischen und sonstigen Sprachgebrauch, von dem ich ganz absehe, vgl. Rudorff 195 ff. und Voigt 276 ff.

nicht völlig sicher, welche Worte Labeo selbst gebraucht hat. Jedenfalls handelt es sich in beiden Fällen zweifellos um Besitzpfänder. In 13. 6. 5. 12 braucht Ulpian dabei zweimal unter Berufung auf Labeo (L. ait., L. recte dicit) die Verbindung: *rem pignori dare*. Letztere ist von Hause aus nur für das Besitzpfand gebraucht worden [1]). Sie ist auch noch bei Justinian die regelmässige und häufigste [2]); jedoch wurde sie später, wie sich oben S. 13 ff. zeigte, auch vom Vertragspfande gebraucht. Inhaltlich interessiert Labeos actio commodati auf Cession der actio pigneraticia directa.

In 20. 6. 14 und 20. 1. 35 sind uns von Javolenus bzw. Paulus Labeos Worte selbst [3]) wiedergegeben:

> 20. 6. 14: Labeo libr. quinto post. a Javol. epitom. Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, dones merces tibi soluta aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine fideiussorem a colono accepisti. satisfactum tibi videri existimo et ideo pignori esse desisse.

Labeo behandelt hier die Hypothek des Verpächters an den eingebrachten Sachen des Pächters, den Urfall des Vertragspfandes, wie wir ihn mit auffallenden wörtlichen Anklängen schon bei Cato, *de agri cultura* cap. 146 [4]) finden, einer Quelle, der wir noch unser besonderes geschichtliches Interesse zuzuwenden haben werden. Hier heisst es:

> . . . donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunto.

In beiden Fällen soll das Eingebrachte verpfändet sein, wobei Labeo wie Cato den Ausdruck *pigneri esse* gebrauchen, beide auch die gleiche Resolutivbedingung daran knüpfen. Die Verbindung *pigneri esse* ist zweifellos eine formelmässige:

> Cato 146 § 3. 7: proque ea re ita uti supra scriptum est item pignori sunto.

---

[1]) Vgl. Voigt 237 III u. 241. 2.

[2]) Vgl. C. 8. 13 ff.

[3]) Vgl. zu 20. 6. 14, die Lenel bei Javolenus fr. 213 einstellt, ebendort S. 299 Anm. 1, auch Karlowa I 681. Die inscriptio deutet darauf hin, dass es sich hier um einen wörtlichen Auszug handelt. Vgl. zu 20. 1. 35 Lenel S. 528 Anm. 3 und Karlowa I 680. Auch hier wird unsere Annahme durch die inscriptio gerechtfertigt.

[4]) Bei Bruns II 51 cap. 146 § 2. 5.

149 § 2. 7: donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunto.

150 § 2. 7: dones domino satisfecerit aut solverit, pignori esto (pastor-servus).

Sie kehrt auch später in diesem Sinne immer wieder:

Africanus (Julianus) 20. 4. 9 pr.: pactus erat, ut . . . pignori esset, donec mercedes solverentur.

Gaius 20. 4. 11. 2: Si colonus convenit, ut inducta . . . pignori essent.

Papinian 20. 1. 1. 2: nominatium, ut fructus quoque pignori essent[1]), convenit.

Ulpian 20. 1. 10: . . . dabitur exceptio: si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.

Marcian. 20. 1. 11. 2: . . . exceptione tuebitur: si non inter creditorem et eum . . . convenerit, ut usus fructus pignori sit.

id. eod. § 3: Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

Schon in diesen Stellen fällt auf, dass das pignori esse immer nur als Bestandteil einer conventio, eines pactum, auch sprachlich hiervon abhängig vorkommt.

Es ist demgemäss auch *hypothecae esse* gebildet worden. Diese Formel müssen wir daher auch zweifellos in die Stelle von Gaius 20. 1. 4 einsetzen, wo die Lesart: *si convenit, ut hypotheca sit*, wie in allen anderen derartigen Fällen, falsch ist (cf. l. gem. in 22. 4. 4).

Auch bei weiterer Durchsicht der Quellen[2]) finden wir hier

---

[1]) Hier besonders auffallend durch den Gegensatz zu dem unmittelbar vorhergehenden pignori daretur, das nur der Autor gebraucht, der nachher aber zur Formel übergeht.

[2]) Vgl. noch: Marcian 22. 3. 23 (convenit, ut pignori hypothecaeve sit.); Marcian 20. 4. 12. 8 (pactus est, ut pignori hypothecaeve esset, . . . paciscitur, ut pignori hypothecaeve sit); Marcianus 20. 6. 8. 1 (ne pignori hypothecaeve sit res, pacisci potest); Cassius-Paulus 13. 7. 18. 3 (caverit, ut pignori esset). Dass es sich um die Worte bei der Bestellung handelt, geht in letzterer Stelle auch deutlich aus der nach Cassius notwendigen weiteren ausdrücklichen Hervorhebung des Pfandgegenstandes hervor. Cassius fasst danach die ersten Worte: *Si quis caverit* als Angabe des Vertragswortlautes auf. — Siehe ferner 47. 2. 62. 8, 20. 1. 15. 2, 20. 1. 26. 1,

eine auffallende Konsequenz in dieser Richtung, umso auffallender gegenüber der Regellosigkeit der Terminologie im übrigen. Und es standen doch auch hier viele andere Ausdrücke statt des *pignori esse* zu Gebote, kommen ganz vereinzelt auch vor. So z. B. Gai. D. 20. 1. 4: *paciscatur, ut res sint hypothecae nomine obligatae.* Es könnte auch das *hypothecae nomine* fortfallen, wie in 20. 1. 10 (Ulp.) wo mit dem *ita ut* . . . auch der spezielle Vertragsinhalt eingeleitet wird, und in 20. 4. 11 (Gai.): *convenerat, ut sit res obligata.*

In der oben citierten Stelle von Marcian § 3 zeigt sich die Verbindung im Gegensatz zu dem vorher angeführten Rechtssatz in besonders hellem Lichte. Der Schriftsteller schreibt *pignori dari.* Wo er jedoch an die Worte des Vertrages denkt und diese verwendet, schreibt er gleich darauf: *hypothecae sint.* — Auch bei der Formel des nachstehenden Pfandes in 20. 1. 15. 2 findet sich dasselbe:

> praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam . . . ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est . . . Si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae.

Dieselbe Phrase kehrt auch in den Formeln der Pfandklagen wieder: in dem interdictum de migrando nach 43. 32. 1 pr., in der actio Serviana und quasi Serviana nach Lenel E. P. S. 397. Bei dem interdictum Salvianum wird es ohne Zweifel nicht anders gewesen sein[1]).

Unsere Annahme wird ferner durch den Umstand, dass auch beim gesetzlichen Pfandrecht die Wendung „pignori esse" gebraucht wird, nur unterstützt (cf. (20. 2) 4 pr., 5 pr., 7 pr. und § 1); dachten sich doch die Römer, wie besonders Neratius 20. 2. 4 pr. deutlich zeigt, dieses Pfandrecht einer tacita „conventio" entspringend. Terminologisch haben wir also in diesen Fällen nur neue Erscheinungsformen desselben Prinzips vor uns (cf. auch 2. 14. 4, C. 8. 14. 3). Ebenso auffallend ist, dass

20. 1. 32 pr., 20. 4. 11. 3, 20. 6. 8. 4, 20. 6. 8. 5, 13. 7. 2, 13. 7. 18 pr., 43. 33. 1. 1. — Unserer Annahme im Text steht nicht entgegen, dass das pignori esse ganz ausnahmsweise auch in anderer Verbindung anzutreffen ist, wie etwa in 18. 2. 4. 3: rem pignori esse desinere, wo es in demselben Sinne gebraucht sein kann, oder in 13. 7. 1. 2 u. 13. 7. 18. 1. Andere Stellen dieser Art wurden nicht gefunden.

[1]) Vgl. Lenel Ed. p. S. 396 bei 6.

die Wendung *convenire, ut res pignori sit* u. ä. weitaus am häufigsten vom reinen Vertragspfande gebraucht wird, wie die Stellen bei Cato und Labeo am frühsten zeigen. Vgl. auch die anderen oben abgedruckten und citierten Fragmente. Bei Marcian erstarrt die Wendung pignus hypothecave überhaupt zu einer typischen, so dass hier wie schon in der kurz vorhergehenden Zeit die ursprünglich dem Vertragspfande vorbehaltene Formel generellen Charakter gewinnt.

Weshalb jenes Prinzip zunächst bestand, ist nicht schwer zu erkennen. Wo die Hingabe der Sache in den Besitz des Pfandgläubigers, das *dare* im ursprünglichen engeren Sinne, fortfiel, dort musste dies auch terminologisch einigermassen hervortreten, zumal man das Wort *hypotheca* erst spät rezipierte. Das consensuale Moment des reinen Vertragspfandes im Gegensatze zu dem realen des Besitzpfandes führte zur Vermeidung des Wortes *dare* und zur Heranziehung des anderweit vertrauten *pascisci, convenire.* Gewissen Rückhalt findet diese Annahme übrigens bei Gai. D. 20. 1. 4. Hier hören wir auch ausdrücklich, dass die Hypothek kein formelles Rechtsgeschäft ist. Sie ist es von Anfang an nicht gewesen. Dennoch kann usuell das *„pignori esse“* zu einem formelmässigen Bestandteil des Hypothekenvertrages geworden sein. Das Bedürfnis nach einem solchen, dem consensualen Charakter des Geschäfts entsprechenden Wort werden die Römer sicherlich empfunden haben. Grade die Rechtswirkungen, die re oder consensu entstehen, werden von Anfang an systematisch unterschieden. Fehlte ihnen zunächst das Wort *hypotheca*, so ist es unzweifelhaft, dass das schon bei Cato auftretende *pignori esse* (statt *dare*[1]) die von Hause aus für das Vertragspfand gefundene Formel ist, da sie einen realen Anklang wenigstens vermied.

Müssen wir also die Worte bei Cato wie bei Labeo und den Späteren als formelmässige ansehen, so werden wir uns auch dazu verstehen müssen, die Stellung des Pfandgläubigers

[1]) *pignus dare* findet sich schon bei Plautus Bacch. 4. 9. 133 ff., Epid. 5. 2. 34, Pers. 2. 2. 4, ist aber sicher nicht bloss dichterisch. Juristische Quellen fehlen. Servius spricht jedenfalls in 47. 10. 15. 32 von dem entsprechenden p. accipere, Alfenus in 12. 6. 36 von p. reddere und pignori accipere u. dgl.

auch schon bei Cato als rechtlich geschützt anzusehen[1]), zumal wir auch im übrigen formelmässige Anklänge konstatieren müssen.

Zum ständigen Inhalt der Pfandconvention gehörte nämlich auch die bei Labeo 20. 6. 14, wie bei Cato (und in der Klageformel) nicht fehlende alternative Resolutivbedingung: *donec merces* (oder *pecunia*) *soluta aut satisfactum esset.* Die erste Alternative ist bloss eine noch hervorgehobene condicio iuris (z. B. auch in der Vertragsformel bei African 20. 4. 9 pr.)[2]); die zweite eine echte Bedingung, die durch die anfängliche lange beibehaltene Bevorzugung der Personalsicherheit vor der realen erklärt wird: die satisdatio löst als die höhere Sicherheit gleich der solutio das Pfandrecht vertragsmässig ab[3]).

Labeo bedient sich in keiner Stelle des Wortes *hypotheca*,

[1]) Dass es sich bei Cato um ein rechtlich geschütztes Vertragspfand handelt, wird neuerdings auch von Naber (221 f.) vertreten, der den Ausführungen Kuntzes und Herzens auch nicht beitreten kann. Jener Autor sagt: Mihi vero, cum videam apud Catonem usitatam esse pignoris conventionem, de rebus utique inductis, non persuadetur de ea re nullum praetorem ante Augusti tempora aut interdictum composuisse aut formulam proposuisse; quin remoto quoque Catonis testimonio valde mirarer rem ita gestam et denuntiarem Kuntzio. — Es sei nur bemerkt, dass von einer Kritik Catos bei Kuntze (I 23 f.) keine Rede sein darf. Cato wird uns später beschäftigen.

[2]) Cf. die oben abgedruckten Worte Africans. — Pernice, Labeo I 427 schliesst zu Unrecht aus 20. 6. 14 (donec satisfactum esset) auf eine zu Labeos Zeit noch bestehende „Unsicherheit“ der Rechtslage. Infolge des hier deutlichen Vorbehalts des Rückforderungsrechts sei nach Pernice der Charakter des pignus als Vertrag in Frage gezogen. — Das ist unbegründet. Nerva und Atilicin (44. 4. 4. 8) und Scaevola 46. 1. 63 sprechen z. B. von demselben Vorbehalt. Jener Zusatz in 20. 6. 14 ist vielmehr ein formelmässiger und wird bis in die jüngste Zeit hinein beibehalten, weshalb er auch in der Klageformel figuriert. Cf. Lenel, Ed. perp. 397, wo in Anm. 9 die gewählte Fassung der Formel mit Recht auch in 20. 6. 14 eine Stütze findet. Vgl. auch Marcian (20. 1) 11. 1 u. 13. 4. Von einer Unsicherheit in der Auffassung des pignus als Vertrag kann zu Labeos Zeiten auch wegen 42. 8. 6. 6 nicht die Rede sein, wo das pignus gleich der emptio ausdrücklich als contractus bezeichnet wird. Das von Pernice in Anspruch genommene Stadium der Pfandentwicklung liegt viel weiter zurück, erscheint auch nicht mehr bei Cato.

[3]) Vgl. etwa: 20. 1. 13. 4, 20. 6. 5. 2, 43. 32. 1 pr.

obgleich er, wie in der eben erörterten Stelle so auch in der nächsten vom Vertragspfande handelt:

20. 1. 35: Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore suo restituta, idem in nova iusula iuris habes.

Ausdrücklich wird der vorliegende Vertrag hier nicht als Pfandvertrag bezeichnet. Die Stelle ist aber von Tribonian mit Recht in dieses Buch und diesen Titel gesetzt worden. Der weitere Sinn derselben ist streitig[1]). Das Verkaufsrecht wird als die wichtigste Befugnis des Pfandgläubigers auch sonst herausgehoben und im Sinne von Pfandrecht gebraucht[2]). Kuntze[3]) meint, dass hier nur ein mit einem Besitzpfand verbundenes *pactum conventum de distrahendo* vorläge, bleibt aber den Beweis hierfür schuldig. Gewiss war ein pactum de distrahendo auch bei einem Besitzpfande möglich. Aus diesem pactum hat hier aber noch niemand auf das Vorliegen eines Vertragspfandes geschlossen. Der vom Schuldner vorgenommene Wiederaufbau des Hauses legt die Annahme eines Vertragspfandes näher, das Labeo nach der vorhin erörterten Stelle auch sicher kannte. Herzen 183f., der diese Stelle wie Kuntze nicht gegen die Annahme einer späteren Entstehung der actio hypothecaria ausgelegt wissen will, nimmt an, dass es sich hier um eine pignus traditum, oder noch eher eine fiducia handle, wobei der Gläubiger den Besitz precario zurückgegeben habe. Auch der fiduziarische Pfandeigentümer bedarf ja zwar eines pactum de vendendo, das Labeo hier allein hervorkehrt. Aber der Schluss Herzens (184) erscheint dennoch gekünstelt: *„La question se posait donc forcément de savoir s'il avait le droit de vendre la maison reconstruite, bian qu'il en fût propriétaire. C'est cette seule question que Labéon examine, et c'est pourquoi il ne parle dans la phrase citée que du pactum de vendendo“*. Labeo würde, wenn es sich um prekaristische Besitzrückgabe handelt, dies sicher, wie es stets geschieht, wo dieses kompliziertere Rechtsverhältnis

---

[1]) Vgl. Bachofen 173 bei 4, Herzen 183f., Kuntze 30.

[2]) Cf. auch 20. 4. 3. 2: inter fratres convenit, ut . . . alter partem distrahat. Pignus intelligi contractum existimavi . . .

[3]) a. a. O. 30.

vorliegt, auch besonders hervorgehoben haben[1]. Ist man also überhaupt geneigt, dem debitor hier den Besitz zuzusprechen — Herzen sagte vorher S. 183: *„le débiteur possède, puisqu'il reconstruit"* — so liegt die Annahme eines Vertragspfandes am nächsten. Die Erklärung dafür, dass Labeo in der Hauptsache dem Gläubiger ausdrücklich nur wieder das ius vendendi auch an dem neuen Hause zuspricht, liegt einfach darin, dass er in dem zuerst beliebten Sprachgebrauch beharrte: er sprach zunächst im Einklang mit anderen Juristen nur vom pactum de vendendo = pignus und sagt zum Schluss kurz nur: idem iuris, wobei er wohl schon an das zugrunde liegende Pfandrecht denken mag, ohne es besonders zu nennen. Die weitere Verwertung der Stelle muss der späteren geschichtlichen Erörterung vorbehalten bleiben.

Die nächste Stelle (22. 1. 49) trägt zwar die *inscriptio: Iavolenus libro tertio ex posterioribus Labeonis,* ich glaube jedoch, dass sie wörtlich von Labeo stammt. Die Fragmente mit diesen inscriptiones stehen zwar im Gegensatz zu dem „Labeo . . . *a Iavoleno epitom."* inscribierten nicht unbedingt in diesem Rufe[2], mir scheint es aber, als ob die Kompilatoren hier aus dem Werk Javolens nur das kurze knappe Citat von Labeo übernommen und die in dieser Fragmentenreihe üblichen Zusätze Javolens fortgelassen haben. Daher ist 22. 1. 49 auffallend kurz geraten und bedarf der Ergänzung (cf. Lenel I S. 307 Anm. 1).

Im übrigen wollen wir nicht die Worte, sondern nur den ohne allen Zweifel von Labeo stammenden Inhalt des Fragments in Anspruch nehmen. Von Interesse ist nämlich, dass Labeo bereits ein pignus usus fructus kennt, von dem auch die Verbindung pignori dare gebraucht ist[3].

Die von Ulpian referierte Ansicht Labeos in 42. 8. 6. 6 führt das pignus nur beispielsweise an. Am Ende heisst es, und die beibehaltene indirekte Rede deutet auf Labeo als Autor hin: *Totum enim hoc edictum (de actione Pauliana) ad contractus pertinere* (abhängig von scriptum est, daher von Labeo), *in*

[1]) Vgl. 41. 3. 33. 6; 41. 2. 3. 7; 20. 1. 23 pr.; (13. 7), 40. 2 u. 22. 3 u. 35. 1 u. 29 u. 37. Wie das precarium diente auch die locatio diesem Zweck.

[2]) Cf. etwa Karlowa I 681 f.

[3]) Unrichtig also Kuntze II 11 § 3, der dies erst bei Papinian beobachtet.

quibus se praetor non interponit, ut puta[1]) *pignora venditionesque.* — Hiernach wird das Verpfänden von Labeo auch als negotium fraudationis causa angesehen. pignus ist hier im weiteren, beide Pfandarten umfassenden Sinne gebraucht.

Diese wie die nächste Stelle (2. 13. 6. 3) ist aber deswegen von Interesse, weil hier Labeo die Verpfändung neben andere Verkehrsgeschäfte stellt, was den Schluss gestattet, dass sie damals ein häufig vorkommendes Geschäft war. Insbesondere in letzterer Stelle wird wie in den weiter vorhergehenden Fragmenten Ulpians (lib. IV ad ed.) das Rechnungswesen im Geschäftsverkehr der argentarii behandelt, ein Gebiet, das Labeo nach den öfteren Citaten durch Ulpian überhaupt literarisch erörtert hatte. Das vorliegende Fragment gibt bis „rationem esse" offenbar die Ansicht Labeos wieder. Mit der direkten Rede beginnt Ulpians Zusatz. Die vorher erörterte Editionspflicht hinsichtlich der rationes ist nach Labeo dann aufgehoben, wenn ein Pfand gegeben oder ein Mandat erteilt ist.

Nach 43. 32. 1. 4 schloss Labeo das interdictum de migrando vor der Fälligkeit der Mietsschuld aus, der Mieter müsste denn zahlungsbereit sein.

§ 9.

Die Referate Ulpians über Melas Ansicht in 47. 2. 52. 7 u. 18 lassen in terminologischer Hinsicht kaum Schlüsse zu, sind auch in dieser Richtung belanglos. Im § 7 gewährt Mela dem Pfandschuldner die actio furti gegen den Gläubiger, der trotz Zahlung die Sache celandi animo nicht zurückgibt. — Wird das Pfand dem Gläubiger gestohlen, so hat nur er, nicht sein socius omnium bonorum die actio furti.

In der Stelle von Sabinus (13. 7. 36 [Ulp.]) ist vom Besitzpfande die Rede. Fraglich war, welche Rechte der Pfandgläubiger dann hat, wenn ihm statt des ausbedungenen Pfandes

[1]) Das ut puta ist zwar bei Ulpian besonders zu Hause (cf. Kalb, Roms Juristen S. 25 u. 130). Jedoch setzte er es auch grade mit Vorliebe bei Referaten ein, die im Original etwa veluti enthielten. Es kann aber auch Labeo so geschrieben haben, wenn wir dasselbe z. B. in 33. 10. 7. 2 schon bei Servius (Celsus beginnt erst bei equidem non arbitror zu sprechen), und später erst recht finden.

ein minderwertiges (aes pro auro) gegeben worden (cf. hierzu über Vertauschung der Sache bei einer Hypothek in 13. 7. 1. 1 [Ulpian]). Ulpian referiert nur teilweise über die Ansicht des Sabinus („rectissime Sabinus scribit"). Sabinus unterschied, ob die Vertauschung bei oder nach der Pfandübergabe geschehen ist. Im letzteren Falle liege, was Ulpian billigt, sogar furtum vor. Was Sabinus für den ersten Fall positiv entschieden hat, erfahren wir nicht. Mit dem Referat:

> quod si in tando aes subiecessit, turpiter fecisse, non furem esse

erfahren wir offenbar nicht alles, was Sabinus hierzu gesagt hat. Ulpian geht vielmehr gleich auf die Meinung des Pomponius über, der hier die pigneraticia gewährte.

Zweifellos ist diese Stelle in Wirklichkeit nicht die einzige pfandrechtliche Äusserung von Sabinus. In den Werken des Pomponius, Ulpianus und Paulus „ad Sabinum" sind viele andere untergegangen, deren Ursprung von den Kompilatoren ausgelöscht ist[1]). In D. 13, 7, de pign. actione vel contra, sind z. B. alle direkten Fragmente des Pomponius (lex 2, 3, 5, 6, 8) grade aus dessen Sabinuskommentar. Das muss um so mehr ins Gewicht fallen, weil wir in den sedes materiae (13. 7 und Buch 20) im übrigen nur ganz vereinzelte pfandrechtliche Fragmente aus den Sabinuskommentaren finden, nämlich in 13. 7 noch Ulpians ll. 1 u. 4, und im ganzen Buch 20 nur tit. 4 l. 4 von Pomponius. Wo also Sabinus kommentiert wird, kann darauf geschlossen werden, dass eine pfandrechtliche Äusserung seinerseits zugrunde lag, die dem Gedankengange

[1]) Cf. Kipp 543 ff. — Lenel II 187 Anm. 4 bemerkt: „Praeter ea autem, quae in contextu retuli, permulta Sabino addixerim in commentariis Sabinianis sub nomine Ulpiani Pauli Pomponii tradita (compilatores enim quin saepissime Sabini nomen ibi deleverint non potest dubitari): quod ubicunque coniecturae ansa erat, apud auctores illos adnotavi". — Eine solche Bemerkung unterlässt Lenel mit Recht z. B. bei Pomponius fr. 797 (D. 13. 7. 6 pr.), wo Gradenwitz (a. a. O. 22) den ersten Satz bis caveatur mit Sicherheit Sabinus zuspricht. Nach den Ausführungen von Gradenwitz wäre in dem umfangreichen Principium dieses Digestenfragments mit der Inscription: Pomponius libro trigensimo quinto ad Sabinum nicht ein Wort von Pomponius selbst. Das erscheint auch hinsichtlich des letzten Teils von melius autem ab bedenklich, wovon unten bei Pomponius die Rede sein wird.

des Kommentators mehr oder weniger nahe stand. Schlüsse auf Worte und Sprachgebrauch von Sabinus können hier freilich kaum gezogen werden.

In der Stelle von Sabinus 13. 7. 36 (Citat von Ulp.), wo anscheinend (arg. subiecisset) vom Besitzpfande gehandelt wird, sind terminologische Besonderheiten nicht vorhanden.

Nach 20. 2. 9 kannte auch schon Nerva den dort von Paulus hervorgehobenen Unterschied zwischen den Sklaven, die vertragsmässig verpfändet waren und denen, die infolge illatio und inhabitatio gesetzlich „ob pensionem" hafteten. Paulus bedient sich dabei der Gegensätze: mancipia obligata pignori (Vertragspfand) resp. quae ex conventione manifestari pignoris nomine tenentur, und auf der anderen Seite bloss obligata propter pensionem. Nerva hat nach dem Referat mit seiner abweichenden Ansicht über die Möglichkeit der Freilassung eines vom Vermieter retinierten Sklaven allerdings kein Glück gehabt.

Die Stelle zeigt aber, dass bereits Nerva das Vermieterpfand als gesetzliches angesehen hat. Sonst hätte die Bemerkung von Paulus: „et derisus . . ." keinen Sinn[1]). Damit würde Neratius seine auch von Kuntze (II S. 4 Abschn. III) u. a. behauptete Priorität in l. 4 eod. tit. verlieren.

Auch in 20. 4. 13 behandelten Nerva und Proculus den Fall des Vermieterpfandrechts (vgl. unten bei Plautius).

In 44. 4. 4. 8 gewähren Nerva und Atilicinus eine spezielle exceptio, falls der Gläubiger, durch dessen Schuld das Besitzpfand untergegangen ist, auf Zahlung der Hauptforderung klagt. Ausgegangen wird dabei aber eigentümlicher Weise von einer ausdrücklichen Vereinbarung der Rückgabepflicht des Gläubigers nach der Zahlung (cf. unten sub Pompon.).

In der folgenden Stelle derselben beiden Autoren (34. 3. 16) vermacht der Verpächter eines Landguts dem Pächter testamentarisch dessen debitum und stirbt während der Dauer der Pachtzeit. Nerva und Atilicinus sagen nach Plautius-Paulus:

---

[1]) Nerva muss hiernach den Unterschied zwischen gesetzlich und ausdrücklich und speziell verpfändeten Sklaven gekannt haben; sonst würde er eine — von der üblichen Art — abweichende Freilassung der Sklaven nicht vorgeschlagen haben. Vgl. auch Pomponius und Ulpian in l. 6 eod. tit.

si iure locationis quid retineret (heres), ex testamento fore obligatum.

Dass diese retentio nur auf Grund des Illatenpfands stattfinde, liegt auf der Hand. (Das unbestimmte „quid" deutet insbesondere auf ein generelles Pfand hin.) Die Fassung: iure locationis bestätigt offenbar, dass Nerva wie Proculus dieses Pfand bereits als gesetzliches ansahen; denn ein Pfandvertrag würde einen besonderen Titel des Pfandrechts bilden und nicht in dem „ius locationis" aufgehen, auf das sich die Retention der Illaten hier aber stützt.

Bei Atilicinus 20. 6. 6. 2 ist von Interesse, dass er im Einklang mit der oben berührten „Bevorzugung" der Personalsicherheit auch noch der Ansicht war, dass eine satisdatio certae pecuniae den Gläubiger nötige, auf sein Pfand zu verzichten (recedere a pignoribus), eine Ansicht, die von Ulpian als zu seiner Zeit nicht mehr geltend bezeichnet wird[1]).

In 13. 7. 6 pr. referiert Pomponius über die Ansicht des Atilicinus, nach der bei Vorliegen eines Grundes der Pfandgläubiger zum Verkauf der Sache sogar verpflichtet ist, wobei Pomponius aber widerspricht. Hiervon wird noch zu handeln sein[2]).

In 13. 7. 18. 3 spricht Cassius, wenn Paulus dies wörtlich referiert, unter pignus datum jedenfalls aber von einem Vertragspfande[3]).

In 41. 3. 4. 21 gibt Cassius mit Rücksicht auf die lex Atinia (§ 6 eod.) eine hier belanglose Entscheidung bezüglich einer res pignerata furtiva.

§ 10.

Die schon oben für Nerva und Proculus herangezogene 20. 4. 13 (Lenel, Plautius fr. 3) fällt in erster Linie für Plautius ins Gewicht, da Paulus das Original hier wörtlich wiedergibt[4]). Aus der nachgestellten nota von Paulus selbst

---

[1]) Vgl. Rudorff 218, Dernburg I 549.

[2]) Siehe unten bei Pomponius.

[3]) Vgl. Mühlenbruch, Cession 526, Leist, bon. possess. 378, Rudorff 217, Dernburg II 562, Herzen 173 f.

[4]) Siehe Krüger 159 Anm. 111 und Lenel II 13 Anm. 1 u. 3.

ergibt sich, dass wir auch das Referat über Nerva und Proculus bei Plautius zu suchen haben. Es liegt nach Plautius folgender Fall zugrunde[1]: Beim Verkauf eines Hausgrundstücks wird zwischen Verkäufer und Käufer vereinbart, dass der Mietszins des nächsten Jahres noch dem Verkäufer, erst die folgenden dem Käufer zufallen sollten. Hinsichtlich der vom Mieter gestellten Pfänder wurde festgesetzt: *pignorum ab inquilino datorum ius utrumque secuturum.* Fraglich ist insbesondere dann, wenn die Pfänder nicht alle pensiones decken, ob durch letztere Abrede Verkäufer wie Käufer an allen Sachen ein pignus commune pro rata haben sollen, wozu das „utrumque" bestimmen könnte, oder ob eine Rangordnung zwischen ihnen stattfindet. Schon Nerva und Proculus nahmen mangels ausdrücklicher Verabredung der coordinierten, gemeinschaftlichen Haftung das letztere an: *ius omnium pignorum primum ad me* (Verkäufer) *pertinere, quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur: si quid superesset, ad te* (Käufer). — Paulus schliesst sich dieser Meinung an und legt den Vertrag so aus, dass der Rang der Pfandrechte durch die Zeit der Entstehung der Mietsforderungen bestimmt werde.

Es liegt hier offenbar ein Illatenpfand des Vermieters vor, wenn der Gegenstand des Rechts auch nur durch: *pignorum ab inquilino datorum ius,* und später durch: *omnium pignorum . . ., omnibus pignoribus* bezeichnet ist. Von einem Besitzpfand kann nicht die Rede sein, weil Verkäufer und Käufer nach dem Wortlaut bei Plautius die pignora nicht beide besitzen, vielmehr beim Vertragsschluss nur gesagt wird: *pignorum ius utrumque secuturum.* Mangels Besitzes tritt Verkäufer mit der Zinsforderung nur sein ius pignorum an den Käufer ab. Vermutlich spricht die Stelle von einem gesetzlichen Illatenpfand. Das „datorum" bei Plautius darf zunächst seines in dieser Zeit bereits generellen Sinnes wegen bei dieser Annahme nicht

[1]) Diese Stelle ist in der Lehre vom Pfandrecht bisher nicht gebührend gewürdigt worden. Bachofen 496 Anm. 9 führt sie, ohne auf ihre Eigenart einzugehen, mit anderen Stellen beispielsweise an. Dernburg streift sie II 413. — Wir legen ihren Wert und Inhalt schon hier fest, um sie später danach handhaben zu können.

stören[1]). Auch schon die bisherige historische Auffassung, nach der Neratius gemäss D. 20. 2. 4 das Illatenpfand des Vermieters schon als gesetzliches ansieht[2]), steht zu unserer Annahme in keinem unlösbaren Widerspruch, denn die Zeitdifferenz zwischen Neratius und Plautius ist nicht gross, und Neratius äussert nicht nur eine persönliche Meinung, sondern spricht schon von einer bestehenden Praxis (eo iure utimur). Läge eine vertragsmässige Hypothek vor, so würde wohl eine besondere Abrede über deren Übergang und Verteilung mit Rücksicht auf den accessorischen Charakter nicht so nötig gewesen sein, wie bei einer gesetzlichen.

Terminologisch sind die Worte: *siquid superesset* von einer Bedeutung, die erst bei der historischen Betrachtung des nachstehenden Pfandes voll gewürdigt werden kann. Bekanntlich wurde in der Formel der zweiten Verpfändung als Gegenstand derselben das *superfluum* oder die *hyperocha* genannt (cf. D. 46. 3. 96. 3, 20. 1. 20), oder es wurde die Form einer Bedingung gewählt: *si quid superfuisset* (cf. 22. 2. 6.). Letzterer Fall liegt auch bei Nerva-Proculus-Plautius vor.

Die von Herzen (S. 13) für Plautius angezogene 21. 2. 59 kann mit dem letzten Satze: vel quodam . . . nur für Pomponius in Betracht kommen[3]).

Dass Plautius noch mehr über Pfandrecht geschrieben hat, als oben citiert wurde, beweisen die pfandrechtlichen Äusserungen von Paulus ad Plautium (13. 7. 37, 20. 4. 14, 27. 10. 11, 41. 3. 13 pr., 47. 2. 67 pr.). Inhaltlich oder gar terminologisch können sie jedoch für Plautius nicht verwertet werden.

---

[1]) Dass *pignus dare* auch schon von älteren Juristen vom reinen Vertragspfand gesagt wird, hat sich bereits oben ergeben und wird sich weiterhin zeigen. Das dare schliesst kein tradere in sich, sondern ist, wie in der Verbindung hypothecam dare, soviel wie gewähren, und auch die invecta et illata können insofern pignora data genannt werden, wenn dies auch vereinzelt ist (cf. D. 20. 2, insbesondere lex 1. Andrerseits die oben S. 14 f. angeführten Stellen). — Das blosse „propter“ (oder „ob“) pensionem obligatum wird im Sinne des gesetzlichen Vermieterpfandes auch in 20. 2. 9 dem vertragsmässigen ohne weiteres gegenübergestellt. (Est differentia obligatorum propter pentionem et eorum, quae ex conventione manifestari pignoris nomine tenentur.)

[2]) Vgl. etwa Dernburg I 295.

[3]) Vgl. auch Lenel II 13 Anm. 1.

§ 11.

Octavenus behandelt nach Marcian 20. 3. 1. 2. einen Fall der Hypothek: *et Octavenus putabat etiam in pignoribus locum habere exceptionem.* Der Kauf einer res litigiosa vom Nichtbesitzer ist bekanntlich nach einem Edikt des Augustus [1]) nichtig. Dem Kauf wurde, wie wir am Anfang unsres Fragments erfahren, definitiv durch Reskript von Pius die Verpfändung hinsichtlich der Wirksamkeit völlig gleichgestellt. Gaius erwähnt J. IV. 117 a, dass dem Besitzer eines streitigen Grundstücks eine exceptio gegeben werde, wenn derjenige, der es wissentlich vom Nichtbesitzer gekauft hatte, gegen ihn auf Herausgabe klagte. Octavenus gewährte nun, da sich das Bestreben nach Verallgemeinerung des Augusteischen Edikts bereits zu seiner Zeit geltend machte, diese exceptio litigiosi, die für den Fall des Kaufes danach nicht erst zur Zeit des Gaius, sondern schon viel früher bestand, analogieweise auch im Fall der Verpfänduug von Grundstücken, was nach Scaevolas Angabe schliesslich auch auf Mobilien ausgedehnt wurde. Selbstverständlich setzt diese extensive, aber durch die ratio legis begrenzte Anwendung des Augusteischen Edikts bei Octavenus voraus, dass der Verpfänder nicht selbst Besitzer der Sache ist, dass er also nur eine Hypothek bestellt. Die Klage, um deren Abwehr es sich hier handelt, kann nur die actio hypothecaria sein.

Man kann aus diesem aus Marcians pfandrechtlicher Monographie entnommenen Fragment, in dem uns die Entwicklung der angedeuteten Frage unter Berufung auf Quellen und Literatur angegeben wird, schliessen, dass Octavenus dabei eine erhebliche Rolle gespielt haben muss.

Javolen steht jedenfalls auch mit 47. 2. 74 (ex Cassio) und 41. 3. 16 (ex Plautio) ganz auf den Schultern seiner Vormänner, so dass der Inhalt dieser Stellen auch Cassius und Plautius zu Gute kommt. Nach ersterer Stelle darf der Gläubiger das pignus acceptum niemals ante diem und nur dann verkaufen,

---

[1]) Vgl. fragm. de iure fisci fol. 1 § 8 (Collect. II S. 164). Cf. Dernburg, Pand. I § 155 Anm. 2, Windscheid, Pand. I § 125 Anm. 3, Herzen S. 175.

wenn es ihm durch besondere conventio gestattet worden, widrigenfalls er ein furtum begeht. Das gesetzliche Verkaufsrecht ist diesem Autor also unbekannt. Die zweite Stelle behandelt die Stellung des Gläubigers zum pignus traditum. Dieser habe die possessio, so zwar, dass beim Schuldner der Ersitzungsbesitz bestehen bliebe. Gegenüber der actio ad exhibendum pignus sei daher allein der Gläubiger passiv legitimiert. — In beiden Stellen sind die Wendungen pignori accipere, — dare im Gebrauch, und zwar also für Besitzpfänder.

Wir kommen zur Betrachtung von Aristo 20. 3. 3. In erster Linie ist bestritten und wäre also hier klarzustellen, welche Teile des Fragments diesem Juristen, und welche dem Referenten zuzuschreiben sind. Bis zum Wechsel des Subjekts d. h. mit Ausschluss des letzten Satzes: *quod admittendum existimo* . . . haben wir im grossen ganzen ohne Zweifel die Meinung Aristos vor uns. Von hier ab ergreift Paulus sichtlich das Wort. Der zweite Satz kann inhaltlich schon deswegen nicht Paulus' Meinung wiedergeben, weil Paulus nicht mehr von einem *pactum de vendendo* in dieser Weise zu sprechen brauchte[1]). Er sieht das Verkaufsrecht, wie die anderen Fragmente von ihm zeigen, als wesentliches, gesetzliches Recht an (vgl. (20. 5) 9 pr. u. 13, auch sent. 2. 5. 1). Herzen beobachtet (S. 164 Anm. 2) insofern nicht richtig, als Paulus und Ulpian in 20. 1. 12 bzw. 10. 3. 6. 8 auch lediglich über Pomponius und Julian referieren. Vgl. hiergegen auch Ulp. 13. 7. 4 und Papin.

Lenel (fr. 26) schreibt das Fragment nur bis *„efficietur“* anscheinend ausschliesslich Aristo, von da ab Paulus zu, was mir nicht gerechtfertigt erscheint. Das *„admittendem existimo“* des letzten Satzes scheint — wie z. B. auch deutlich in 20. 1. 12 (Paul.) — vorauszusetzen, dass Paulus vorher eine fremde Meinung im Auge hat (*an dici possit*). Eine eigene Meinung würde er anders angeschlossen haben. Lenel lässt sich bei

[1]) Aus dem zweiten Satz, insbesondere der Gegenüberstellung des *pactum* und des *pactum omissum* geht deutlich hervor, dass der Autor des Satzes noch der Ansicht ist, dass das *pactum* allein das Verkaufsrecht erzeugt, und andererseits, dass der Mangel des *pactum* — gleichgiltig aus welchem Grund es fehlt — das Verkaufsrecht ausschliesst.

dieser Meinung wohl durch die herrschende Auffassung vom Inhalt dieses Fragments bestimmen, die von *„denique"* ab einen anderen Fall hypothekarischer Succession beginnen lässt. Um Klarheit zu erlangen, muss daher schon hier genauer auf den Inhalt der Stelle eingegangen werden.

Der behandelte Stoff des Fragments, das einer von Aristo an den ihm nahestehenden Neratius gerichteten Schrift entnommen ist, ist nicht einfach und in unserer Literatur bestritten. Auf letztere kann erst später eingegangen werden [1].

Zur Hauptfrage, ob im zweiten Satze (von *„denique"* ab) ein anderer Fall der hypothekarischen Succession zugrunde liegt als im ersten, wäre zunächst hervorzuheben, dass es an sich schon unnatürlich wäre, zwei fundamental so verschiedene Fälle in unmittelbarem Anschluss an einander zu konfundieren, während sich bei vorurteilsloser Lektüre zeigt, dass im zweiten Satz der vorhergegebene Fall nur weiter fortgeführt wird. Die entgegengesetzte, insbesondere neuerdings auch von Dernburg vertretene Meinung hält dafür, dass im ersten Satze das sog. einfache Abfindungsgeschäft, im zweiten aber das *ius offerendi et succedendi* des Nachpfandgläubigers zugrunde liegt [2]. Dazu

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. I § 290, Windscheid, Pand. I § 233b, Schott, Iher. Jahrb. 15. 58. — Die in „Pfandrecht" II 509f. gegebene Interpretation hat Dernburg ersteren Ortes ausdrücklich aufgegeben. Damals nahm Dernburg in Übereinstimmung mit der unsererseits vertretenen Auffassung auch an, dass das ganze vorliegende Fragment einen einzigen Fall der Succession behandele, nämlich das einfache Abfindungsgeschäft, er musste aber zur Annahme einer Interpolation Zuflucht nehmen (cf. a. a. O. S. 510).

[2]) Beide Fälle unterscheiden sich scharf in den Voraussetzungen wie in den Wirkungen. Beim einfachen Abfindungsgeschäft findet der Schuldner den Gläubiger mit den ihm von einem Dritten (der übrigens auch ein Nachhypothekar sein kann) dazu gewährten Mitteln ab (vgl. 20. 4. 12. 8, C. 8. 18. 1), oder die Abfindung wird vom Dritten direkt, aber auf Antrag des Schuldners vorgenommen. Da die Beziehung des Creditgebers zu dem abzufindenden Gläubiger hier also eine ganz indirekte ist und jener lediglich mit dem Schuldner kontrahiert, bedarf es zur sog. Succession in das abgelöste Pfandrecht stets eines besonderen Pfandvertrages zwischen Schuldner und Drittem. — Übt hingegen der creditor posterior als solcher sein ius offerendi dem prior gegenüber aus, so ist er der Abfindende und succediert kraft eigenen gesetzlichen Rechts, wobei der Wille des Schuldners ganz unerheblich

bietet der Text nicht nur keinen Anlass, sondern Satz 2 widerspricht geradezu der Annahme, dass dort die Succession des Nachpfandgläubigers auf Grund seines Oblationsrechts vorliegt.

Ich würde die Stelle folgendermassen übersetzen:

Aristo schrieb dem Neratius Priscus: Trotz des Vertrages (zwischen Schuldner und einem Nachhypothekar)[1]), dass (von dem seitens des letzteren jenem abermals gewährten Gelde) der erste Hypothekar abgefunden werden sollte, succediert der Nachhypothekar nur dann an des ersteren Stelle, wenn ausbedungen ist, dass jenem dieselbe Sache (überhaupt) verpfändet sein solle. Ohne selbst einen Pfandvertrag geschlossen zu haben, darf niemand den Rang des Primus gewinnen. Wer die Sache kauft, ist in diesem Falle besser daran (als wenn er zur Abfindung des Ersten Credit gewährt, ohne sich ein Pfandrecht auszubedingen). Wenn also[2]) der erste Hypothekar durch Vertrag mit dem Schuldner das Verkaufsrecht erhalten, der Nachhypothekar hingegen (als er, jener Bedingung entsprechend, sich dieselbe Sache auch für seine zweite Forderung verpfänden liess) einen solchen Vertrag nicht abgeschlossen hat, nicht aus Vergesslichkeit, sondern weil man beabsichtigte, dass er das Verkaufsrecht nicht haben sollte, könnte man bei dieser Sachlage meinen, dass das Verkaufsrecht des Primus auf ihn übergehe? Diese Meinung muss, glaube ich, zugelassen werden; denn oft kann jemand etwas, was er von sich aus nicht hat, durch einen Dritten gewinnen.

Wenn man mit Schott, Dernburg u. a. im zweiten Satz das *ius offerendi secundi creditoris* zugrunde legt, kommt man mit dem Rechtssatz in Konflikt, dass der Sekundus das Recht zum Pfandverkauf überhaupt nicht hat.

Dieser Satz wird in seiner geschichtlichen Entwicklung um so mehr als quellenmässig später darzulegen sein, als er noch immer bestritten ist, wenn auch nur noch vereinzelt[3]). Es sei

---

ist (vgl. etwa 20. 5. 5 pr., 12. 4. 12. 6). Daher ist besonders zu prüfen, welcher Fall bei der Abfindung seitens eines Nachhypothekars gegeben ist, da dieser beide Rollen übernehmen kann, was bisher nicht beachtet wurde.

[1]) Die Parenthesen sind erläuternde Zusätze.

[2]) Über die Bedeutung des *denique* siehe am Schluss dieser Erörterung.

[3]) Cf. Windscheid, Pand. I S. 1100 führt unter den pfandrechtlichen

hier vorausgeschickt, dass alle Bedenken der letzteren Auffassung sofort durch die Erkenntnis zerstreut sind, dass der Sekundus, wenn er vor der Abfindung des Primus den Verkauf der Pfandsache etwa vornimmt und die obligatorisch kaufrechtlichen Wirkungen infolge dessen auch eintreten, hiermit keinen Pfandverkauf abschliesst. Dies zeigt sich daran, dass die spezifischen Wirkungen ausbleiben, die den letzteren von dem Kauf des Obligationenrechts unterscheiden: Der Käufer erwirbt kein Eigentum, der Schuldner behält es vielmehr; der Verkäufer haftet für Eviktion, während diese beim normalen Pfandverkauf den Schuldner belastet usw. Was die Gegner also irreführt: Die Möglichkeit eines obligatorisch wirksamen Verkaufs auch seitens des Nachhypothekars, das teilt dieser mit jedem beliebigen Dritten, da der Verkauf einer fremden Sache obligatorisch vollwirksam ist (D. 18. 1. 28). So allein können die in Betracht kommenden Quellenstellen, wenn sie äusserlich auch widerspruchsvoll erscheinen und daher tatsächlich nach jeder Richtung hin verwertet worden sind, vereinigt werden [1]).

Wenn aber zu jeder Zeit der Entwicklung dem Nachhypothekar das Verkaufsrecht nicht gewährt wurde, vielmehr als Gegenstand seines Rechts grade in älterer Zeit nicht die Sache, sondern das *superfluum*, die *hyperocha* bezeichnet wird, wir sogar, wenigstens äusserlich, sein Recht als bedingtes soeben angeführt fanden (22. 2. 6), dann kann im zweiten Satz unserer Stelle nicht daran gedacht sein, dass dem Nachhypothekar das Verkaufsrecht bei der Bestellung seiner Hypothek durch *pactum* überhaupt hätte gewährt werden können. Wo die Römer infolge konsequenter Übung zur Figur der *tacita conventio* gelangen, wie beim Pfandrecht des Vermieters und Verpächters und hier bei der Entwicklung des Rechts zum Pfandverkauf, das schliesslich gesetzlich nur dem Primus gewährt wird, dort haben wir den besten Fingerzeig für den anfänglichen Zustand: Das *pactum de vendendo*, das schliesslich zu dem dem pignus wesentlichen *ius distractionis* führt, konnte immer nur mit dem

Befugnissen des Sekundus auch das Verkaufsrecht an, freilich mit der üblichen Einschränkung.

[1]) Vgl. etwa D. 20. 5. 1, 20. 4. 12. 9, C. 8. 18. 8.

Primus abgeschlossen werden[1]). Würde es aus irgend einem Grunde einmal mit dem Sekundus abgeschlossen werden, so sagt uns 20. 4. 12. 10, was davon zu halten sei:

Marcianus l. sing. ad. form. hyp.: Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est priorem potiorem esse: nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem.

Marcian kann vom Standpunkt der zu seiner Zeit abgeschlossenen Entwicklung nur folgendes sagen wollen: Wenn einmal mit dem *posterior* (d. h. nur zeitlich späteren 20. 4. 6. 1) *creditor* ein *pactum de vendendo* geschlossen sein sollte, könnte die Frage entstehen, ob ihm durch vertragsmässige Gewährung dieses gesetzlich doch nur dem Primus zukommenden Rechts *implicite* der erste Rang verliehen wäre (dies heisst *potiorem esse* cf. 20. 4. 5). Diese Frage ist zu verneinen, da dem *prior* das *potior esse* nicht wider seinen Willen genommen werden könnte, selbst wenn ihm das Verkaufsrecht nicht besonders zugesprochen sei; denn letzteres habe er schon gesetzlich.

Würde etwa der Sekundus gemäss dem *pactum* verkaufen, so hätte der Primus die *hypothecaria* gegen den Käufer: genau so, wie wenn gar kein *pactum* mit dem Sekundus abgeschlossen wäre; letzterer nimmt also hier nicht den Pfandverkauf vor, sondern den schuldrechtlichen Verkauf, wozu er eines Pakts mit dem Eigentümer gar nicht bedurfte. Das *pactum* mit dem *posterior* ist also völlig wirkungslos.

Mit alledem ist die herrschende Interpretation des zweiten Satzes unvereinbar. Ihre quellenmässige ausführliche Bestätigung können unsere Prämissen erst im nächsten Teil finden.

Die einfache Lösung des Widerspruchs wäre hier auf folgende Weise zu beseitigen. Im ersten Satz kann nur derselbe Fall zugrunde liegen wie im zweiten, nämlich das sogenannte

---

[1]) Da diese für die Entwicklung des Pfandrechts überhaupt wichtige Frage bisher noch gar nicht aufgeworfen worden ist, ist man zu einem klaren Bild des nachstehenden Pfandrechts noch nicht gelangt. — Im Verlauf unserer historischen Darstellung wird dieser Punkt wieder aufgenommen werden.



einfache Abfindungsgeschäft, hier nur durch Creditgewährung seitens eines Nachhypothekars. Dass sich das am Anfange vorkommende „*ita contractum sit*“ auf einen Kontrakt des Schuldners mit einem Nachhypothekar — nicht, wie gewöhnlich, einem *extraneus* — bezieht, könnte schon aus der Gegenüberstellung des „*antecedens*“ wie des „*in ius primi succedere*“ geschlossen werden. Im zweiten Satz ist daher einfach von dem „*transire ius prioris*“ die Rede, ohne dass von den — eben bereits im ersten Satze enthaltenen — Voraussetzungen dieses *transire* noch ein Wort gesagt ist. Das wäre aber nötig gewesen, wenn sich — nach der gegnerischen Annahme — diese Voraussetzungen hier änderten und also ein anderer Successionsfall vorläge.

Das *posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem* etc. bezieht sich, wie in der Übersetzung schon angedeutet wurde, nicht auf den Moment der Bestellung der Nachhypothek, sondern auf den Zeitpunkt, in dem der in den Eingangsworten des ersten Satzes bezeichnete Abfindungsvertrag und die Pfandnovation geschlossen wird. Diese Beziehung ist die natürliche, da auch im vorhergehenden Satz allein von dem Zeitpunkt des Abfindungsvertrages und der Succession die Rede war. Das „*hoc ageretur, ne posset vendere*“ kann auch, wie gezeigt, nicht heissen: Bei Bestellung der Nachhypothek wurde vereinbart, dass der Nachhypothekar nicht verkaufen dürfte. Das bedurfte keiner geflissentlichen, als konkludente Erklärung wirkenden Fortlassung des *pactum*. Es heisst vielmehr: Schuldner und Nachhypothekar liessen bei der weiteren Creditgewährung an jenen seitens des letzteren zum Zweck der Abfindung des Primus und der damit verbundenen neuen Pfandabrede das *pactum de distrahendo* fort, weil nach dem Willen der Parteien der succedierende Gläubiger — im Gegensatz zum Primus — das Verkaufsrecht nicht haben sollte. Er sollte, Primus geworden, ebensowenig verkaufen dürfen wie vorher. Dennoch — entscheidet auch Paulus[1]) zum Schluss — succediert der Nachhypothekar, falls ihm überhaupt bei der Abfindungs-

[1]) Aristo hatte ebenso entschieden. Er ist offenbar Subjekt des dici possit . . .

abrede ein Pfand an derselben Sache bestellt ist[1]), wie in den Rang des abgefundenen Gläubigers so auch ohne weiteres in dessen Verkaufsrecht. Das Paulinische: *„ex sua persona"* erhält rechten Sinn grade dadurch, dass man den gewollten Ausschluss des Verkaufsrechts auf den Abfindungsvertrag bezieht. Paulus beschränkt sich nach dem Fragment lediglich auf die Bestätigung der Meinung Aristos und den allgemeinen, gegen Aristos Schärfe ziemlich abfallenden Schlusssatz.

Nach richtiger Auffassung[2]) wird bei dem vorliegenden Fall der hypothekarischen Succession zwischen Schuldner und Kapitalist ein neuer, selbständiger Pfandvertrag geschlossen. Gegenstand der Succession, d. h. des Eintritts in fremde Rechte, ist in diesem Falle nur der Rang und das Verkaufsrecht. Letztere Faktoren brauchen nicht verabredet zu sein, treten vielmehr *ipso iure* ein, wenn nur überhaupt verabredet worden ist, *„ut sibi eadem res esset obligata"*. Das Pfandrecht als solches ist gegenüber dem dem Primus zustehenden noviert, zumal es sich auch um eine andere Forderung handelt, nämlich das dem Schuldner zum Zweck der Abfindung gewährte Darlehn.

Schliesslich ist gegenüber der hier angefochtenen Auffassung noch ein Einwand zu machen. Wenn die *omissio pacti* sich auf die ursprüngliche nachstehende Hypothek bezöge, dann brauchte weniger in Frage gezogen zu werden, ob der Sekundus, falls er im Wege der Succession zugunsten seiner neuen Creditforderung ausserdem den ersten Rang erworben, die vertragsmässig mit diesem Pfande ja verknüpfte Verkaufsbefugnis miterwürbe. Das ist so gut wie selbstverständlich. Hierauf bezieht sich schon von Anfang an diese Pfandnovation, wie Dernburg selbst hervorhebt, nicht. Ins *ius distractionis* findet vielmehr wahre Succession statt. Rechten Wert hat die auch von Paulus erwogene Frage nur dann, wenn sie auf den Successionsvertrag bezogen wird: Erwirbt der *creditor posterior*, trotzdem ihm bei der Pfandnovation Verkaufsbefugnis vertragsmässig für den ersten Rang nicht erteilt

[1]) Dies ist aus dem ersten Satze zu ergänzen.

[2]) So auch Dernburg II 497 ff., 509.

werden sollte, diese Befugnis etwa im Successionswege? Dass Aristo diese Frage bereits bejaht, wirft auf den Stand der Frage in seiner Zeit bedeutsames Licht.

Und nun noch das letzte Wort über die Loslösung der Aristonischen von den Paulinischen Bestandteilen unseres Fragments. Denn ich glaube, dass mit der Abtrennung des letzten Satzes *„quod admittendum"* noch nicht alles geschehen ist. Schon beim Überlesen des Fragments zeigt dasselbe in seiner Zusammensetzung im ersten und im zweiten Teil (bis und von *„denique"*) eine auffallend ähnliche Struktur: Oben wurde bereits dessen gedacht, dass Paulus im unbestritten von ihm herrührenden Schlusssatz eine — juristisch ziemlich abfallende — allgemeine Erklärung anschliesst. Dasselbe ist ganz offenbar im ersten Teil der Fall. Rechtsfall und Entscheidung sind bis zum Wort *„obligata"* erledigt. Was jetzt mit *„enim"* angeschlossen wird — entsprechend das *„enim"* im Schlusssatz — kann nur als weitere Ausspinnung, in dem ersten Teil sogar nur als dürre Wiederholung und unrichtige Verallgemeinerung des eben Vorangehenden bezeichnet werden: Die Entscheidung Aristos lautet im Anfangssatz:

non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata.

Hierauf folgt nun in den Quästionen des Paulus zuerst:

neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore.

Das ist einmal Tautologie und dabei unrichtig, denn die in dem *qui ipse* liegende Verallgemeinerung vergisst, dass der *creditor posterior* durch Ausübung seines *ius offerendi* ohne jegliches *„convenire de pignore"* das Pfandrecht des *prior* erwirbt. Aristo also die Ehre!

Und ebenso halte ich das folgende

quo casu emptoris causa melior efficietur

ganz offenbar für einen Paulinischen Zusatz, derselben Tendenz entspringend wie die anderen Zusätze, und aus anderem Stoff wie das sich als Aristonisch zu erkennen Gebende. Überdies erinnert letzterer Zusatz, mit dem dem Creditgeber, der eine besondere Pfandabrede unterlassen hat, das Aushilfsmittel des

kaufweisen Erwerbs der Pfandsache eröffnet werden soll[1]; lebhaft an eine Stelle aus Paulus' Responsen (D. 20. 4. 17).

Und so ergibt sich, wenn wir die Aristonischen Bestandteile in Kursivschrift bringen, folgende Analyse des Fragments:

Paulus libro tertio quaestionum: Aristo Neratio Prisco scripsit: *etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata*: neque enim in in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. *denique*[2]) *si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere,* videamus, an *dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat.* quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

Wir treffen hiernach bei Aristo die Wendung: *nisi convenerit ut sibi eadem res esset obligata.* Das *obligare*, von dessen Bedeutung bei Celsus näher die Rede sein wird, ist also hiernach Ende des 1. Jahrhunderts n. Chr. in allgemein pfandrechtlichem Sinne bekannt gewesen.

Diese Zeitbestimmung kann infolge der Angaben des pompejanischen Diptychons[3]) sofort auf das Jahr 61 n. Chr. hinauf-

[1]) Wird bei diesem Kauf verabredet, dass der Vorhypothekar vom Kaufpreisgelde abgefunden werden soll, so findet auch eine Art Succession in das abgelöste Recht, insbesondere gegenüber späteren Gläubigern, statt. Eine besondere Pfandabrede ist auch hier nicht nötig. Vgl. C. 8. 19. 3, auch D. 20. 5. 6.

[2]) Dieses denique ist wohl das bei älteren Juristen mit Vorliebe im Sinne von *item* gebrauchte Wort. Vgl. Kalb, Roms Jur. 19. Aristo sagt nämlich, zusammengefasst, folgendes: Nur die Succession in die vorstehende Hypothek erfordert einen besonderen Vertrag; der Erwerb des mit dieser verbundenen Verkaufsrechts also keinen.

[3]) Bruns 292 A. B. Vgl. Eck, Zeitschr. d. Sav. 9. 60 ff. Herzen 23 scheint die Meinung Ecks (86) misszuverstehen; jedenfalls widerlegt er sie nicht. In erster Linie nimmt auch Eck hier mit Recht eine fiducia an (vgl. 72) und wird auch durch Karlowa II 573 A. 3 nicht widerlegt. Der Zweck der vorliegenden mancipatio kann nur ein pfandrechtlicher sein: Die Verkäuferin ist zugleich Schuldnerin, wie die Tafel C lehrt. Die bekannten, aus dem „ob“ (v. 6) folgenden Gründe, sprechen besonders für die

gesetzt werden. In diesen Urkunden handelt es sich um eine *mancipatio fiduciae causa.* Die Verkäuferin Poppaea Note beteuert von den beiden zu verkaufenden *mancipia* eidlich:

v. 3f.: sua esse seque possidere, neque ea mancipia ... ali ulli obligata esse neque sibi cum ulo communia esse ...

Die Zusicherung besteht insbesondere also darin, dass die Sklaven „keinem anderen obligiert seien". Terminologisch ist zu entnehmen, dass um die Mitte des 1. Jahrhunderts n. Chr. die *mancipatio fiduciae causa* im Sinne der Römer dem allgegemeinen Pfandbegriff untergeordnet, und andrerseits auch der Ausdruck *obligare* auf diesen ausgedehnt war.

Wir finden dasselbe z. B. auch bei Paul. sent. 1. 9. 8: *Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, ... restitui ...* Hier tritt die Zugehörigkeit der Worte *pignus* und *fiducia* zu einem oberen im *obligare* zum Ausdruck kommenden Gattungsbegriff deutlich hervor. Letzterer ist das *pignus* im weiteren, juristischen Sinne, wie er sich unten ergeben wird.

§ 12.

In 46. 3. 69 erst ist das erste direkte Zeugnis der Digesten für den dinglichen Klageschutz der Hypothek enthalten. Es sei hier daher citiert:

Celsus libr. 24 dig. Si hominem, in quo usus fructus alienus est vel qui erat pignori Titio obligatus, noxae dedisti, poterit is, cui condemnatus es, tecum agere iudicati, nec exspectabimus, ut creditor evincat. Sed si usus

---

Annahme einer fiducia. Trotz des von Karlowa angeführten Sprachgebrauchs bei Cic. u. Gell. etc. kann „ob sestertios" nicht die Angabe des Kaufpreises, sondern nur die causa emptionis sein. So ist es übrigens auch nur in den von Karlowa entgegengehaltenen Stellen, die m. E. nur für Ecks Ansicht sprechen. Um einen Gegenwert handelt es sich natürlich in allen Fällen. Der Kaufpreis ist Gegenwert für die Ware, aber auch das empfangene Darlehen. Nur die Terminologie kann entscheiden. Ins Gewicht fällt ferner die Analogie zur Bätischen Tafel. Wie sich Karlowa mit dem „ali" (v. 4) abfindet, ist verfehlt. Zweifellos ist das derselbe Formelbestandteil, wie er sich in D. 20. 1. 15. 2 findet. Es handelt sich hier nicht nur um „Anklänge" (Eck 85 A. 3). Die Worte alii nulli kehren wieder. Vgl. 13. 7. 16. 1, 20. 6. 9. 1. Der alius kann nur ein anderer Pfandgläubiger sein. S. o. den Text.

fructus interierit vel dissoluta fuerit pignoris obligatio, existimo processuram liberationem.

Dass eine Hypothek vorliegt, folgt aus der seitens des Verpfänders nach der Bestellung noch vorgenommenen *noxae datio* und aus der vor der *dissolutio*, d. h. auch vor der Schuldtilgung seitens des Gläubigers vorgenommenen Eviktion. Und die letztere konnte nur auf Grund der *actio hypothecaria* vorgenommen werden.

Es sei gleich ein zweites Zeugnis des Celsus angefügt. In 20. 1. 14 pr. beruft sich Ulpian auf eine Ausserung des Celsus:

Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit.

Dass die *persecutio* hier der ausgebildete, dingliche Klageschutz ist, ergibt sich, da ein Referat Ulpians vorliegt, unzweifelhaft aus dessen Sprachgebrauch, der sich insbesondere in 20. 1. 17 zeigt:

pignoris persecutio in rem parit actionem creditori[1]).

Die *pignora* unserer Stelle sind Vertragspfänder, da das vorliegende Mietsverhältnis dies nahe legt, und da eine andere Pfandverfolgung eine Frage ohne Interesse wäre[2]).

In 43. 26. 11 behandelt Celsus selbst den Fall eines Besitzpfandes *(res pignerata)*, bei dem sich der Schuldner den Besitz *precario* zurückgeben lässt. Letzteres Verhältnis teilt dann den

---

[1]) Vgl. auch noch 43. 33. 1. 2, 20. 1. 29. 2, 20. 16. 12. 1. — Kuntze übersieht II 17 bei Erörterung des Sprachgebrauchs „*pignoris persecutio*“, dass dieser Ausdruck auch von den persönlichen Pfandklagen gebraucht werden kann und auch in allgemeinem Sinne für „Verwertung des Pfandes“, letzteres z. B. in der von Kuntze für die dingliche Pfandklage citierten 20. 1. 27 (Marcell.), ersteres in seiner 13. 7. 40. 2. Auch in 41. 3. 44. 5 wechselt die Bedeutung bei dem zweimaligen Gebrauch. Beim zweiten Mal heisst *persecutio* nur soviel wie *ius*, daher *constituitur*. Es ist daher von Fall zu Fall zu prüfen. In 44. 7. 28 ist übrigens eine allgemeine Definition Papinians enthalten, die die *persecutio* in *rem* und in *personam* unterscheidet. Diese allgemeine Bedeutung des Wortes ist schon von Exner, Kritik d. Pfandbegriffs S. 192 f. erkannt worden, der sich noch auf 50. 17. 68, 46. 1. 69, 50. 16. 178. 2 u. 3 beruft. Vgl. noch 41. 3. 44. 5, 13. 7. 40.

[2]) Letztere Meinung vertritt gegenüber älteren Auffassungen (u. a. Rudorff 217) auch Dernburg II 298 f. Vgl. auch Herzen 176 Anm. 1.

accessorischen Charakter des *pignus* insofern, als es mit Zahlung der Schuld auch untergeht.

Die oben zitierte 46. 3. 69 interessiert aber noch nach einer anderen Richtung. Wir treffen hier wieder die Ausdrücke *pignori rem obligare* und *pignoris obligatio.*

Die Frage nach Sinn und Bedeutung des Wortes *obligare (obligatio)* ist bekanntlich sehr zweifelhaft und umstritten[1]).

Nicht zu leugnen ist dabei jedoch, dass die Römer sowohl eine *obligatio personae* wie eine *obligatio rei* kannten. In letzterer Beziehung bestehen die Phrasen *rem* (oder *pignus*, *hypothecam) obligare*, *rem pignori obligare*, *pignori* (*hypothecae*) *iure obligare*, *res obligata* u. a.

Die römischen Juristen wandten das Wort *obligare* im Sinne einer dinglichen Haftung von Hause aus bei den dem Fiskus haftenden *praedes* und *praedia* an[2]). Sowohl die persönliche Haftung des *praes* aus dem Verbalkontrakt, wie die dingliche Haftung des *praedium* aus der *subsignatio* werden mit *obligare* bezeichnet:

Festus s. v. praes.: is, qui populo se obligat.

Lex Thoria c. 21. 47: populo obligatus esto (sc. praes).

Lex munic. Malacitana. cap. 63: praedia subdita subsignata obligatave. Ebenso cap. 64: obligati, obligata.

Lex Thoria c. 35. 74: praedium in publico obligatum.

Cicero de lege agr. III 2: (praedia) . . . obligata, eodem capite subsignata omnia . . . liberantur.

---

[1]) Vgl. über diese Frage Schilling, Institutionen II 1837 S. 676 bei i und k. Bachofen 224 ff., insbesondere die Quellenzusammenstellung 225 Anm. 1. Dernburg I 116 ff. Scheuerl 434 ff. Herzen 22 ff. Siehe auch Bekker, Aktionen I 5 f. und Kuntze I 10 ff.

[2]) Dieser auch schon beiläufig von Bachofen 225 geäusserten Meinung widerspricht Dernburg I 116 Anm. 1 mit Unrecht. Wenn Plautus Truc. III 1. 4 von *fundi et aedes obligatae sunt ob amoris prandium* spricht, so beweist das nichts gegen den juristisch-technischen Sprachgebrauch, wenn man die ganz allgemeine Stammesbedeutung von *obligare* berücksichtigt. S. Voigt 240 Anm. 8 und Bachofen 226. Auch Scheuerl 224 scheint gegen Dernburg der hier vertretenen Auffassung gewesen zu sein; denn er spricht im Gegensatz zu der Prädiatur von dem „späteren Gebrauch von *obligatio rei* für Pfandrecht". Kuntze I 12 folgt ganz der Auffassung Scheuerls.

Gai II 61: rem obligatam sibi populus . . . praediatura.

Pomponius D. 50. 17. 205: quod fisco obligamus.

Bei Bezeichnung des *praedium subsignatum* gehen die Quellen dem Worte *pignus* trotz dessen weiter Bedeutung sichtlich aus dem Wege. Es zeigt sich dies besonders auch noch dort, wo die Prädiatur dem privaten Pfande gegenübergestellt wird; z. B.

Gaius D. 33. 4. 15: pigneratas res vel in publicum obligatas.

Ulpian D. 49. 14. 28: praevenit enim causam pignoris fiscus.

Paulus D. 13. 7. 16. 1: alii pigneratam vel in publicum obligatam.

Paulus D. 46. 1. 68. 1: bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat . . . se obligaverant, — exemplo pignorum a creditore distractorum.

Modestinus D. 20. 6. 9. 1: Titius Seio pecuniam sub pignore fundi dederat: qui fundus cum esset rei publicae ante obligatus, . . .

Natürlich ist es allerdings, dass der Sprachgebrauch auch hier seine Schärfe verlor, zumal die Anschauung Platz griff, dass die Prädiatur auch eine Art Pfand sei, dass es sich beim *subsignare* um ein *obligare pignoris loco* d. h. ein *pignerare* im weiteren, den Römern geläufig gewordenen Sinne handelte [1]. *Pignus* wird auch von der Prädiatur und *obligare* auch vom Privatpfande gebraucht, wobei aber im ersten Falle der reine Sprachgebrauch zuweilen noch erkennbar ist:

C. 8. 14. 1: Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributis obligata sunt.

eod. c. 2: Certum est eius, qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari . . .

Scholium Bobiense [2]): loco pignoris praedia sua reipublicae obligarent.

So wurde das *obligare* im Pfandrecht überhaupt heimisch. Dennoch erinnert an den früheren auf die Prädiatur beschränkten

---

[1]) In obigem Fragment von Modestinus tritt dies weiterhin hervor (20. 6. 9. 1). Aber auch schon Varro wendet de ling. lat. 5. 40, also ganz gegen Ende der Republik, das Wort *pignus* auf die Prädiatur an.

[2]) In orat. pro Flacco, Cic. Scholiastae II ed. Baiter 244, Orelli II 144.

Gebrauch des Wortes eine bis in die jüngsten Quellen auffallende Vorliebe, *obligare* mit unbeweglichen Pfandobjekten *(fundus obligatus, praedium aedes obligatae, obligatum)* zu verbinden. Und bei Gaius, der eine auffallend strenge Terminologie befolgt, wie unten gezeigt werden wird, wird *obligare* nur von der Hypothek, nie vom Besitzpfande gebraucht. Hierin scheint die ursprüngliche Bedeutung des Verbums deutlich zum Ausdruck zu kommen, da die Prädiatur ebenfalls ein besitzloses Pfand war.

Die dingliche Bedeutung des Wortes *obligare* bei der Prädiatur wurde durch das mit dem dinglichen Moment in diesem Institut eng verknüpfte persönliche vermittelt[1]): Von dem *praes obligatus*, mit dem sich der Fiskus zunächst auch begnügte, zum *praedium obligatum*; von hier zur allgemeinen *res obligata*. Der letzteren Verbindung, die wir bei Celsus zuerst fanden, begegnet man mit jedem Blick auf die jüngeren pfandrechtlichen Quellen.

Dass man den Ausdruck *pignus* nicht von Anfang an auch

[1]) Dass es einer solchen Vermittlung bei den Römern immerhin bedurfte, glaube ich auch trotz der Ausführungen von Scheuerl 435 ff. annehmen zu müssen. Sch. geht von einem allgemeinen römischen Gattungsbegriff *obligatio* aus, von dem die *obligatio rei* und *personae* einfach zwei Unterarten seien. — Dieser Gattungsbegriff entstand aber m. E. erst durch die einzelnen Anwendungsfälle. Warum finden wir dann bei den Gegenüberstellungen der Prädiatur und des Privatpfandes niemals die *obligatio* für beide angewandt? Dieser Zustand tritt erst ein, als jener Gattungsbegriff fertig und die *obligatio rei* auch bereits verallgemeinert war. So: Ulpian D. 4. 4. 7. 3: *se vel rem suam obligare;* Paulus D. 20. 6. 11: *pignoris obligationem — obligationem personalem.* S. auch Julian 39. 6. 18. 3. — Unrichtig ist es jedenfalls, wenn Scheuerl 437 (cf. Kuntze I 12) meint: „Die Bezeichnung und Auffassung des Pfandverhältnisses als *obligatio* gehört vorzugsweise der Stufe des Instituts an, auf welcher das einseitige Verkaufsrecht nicht als wesentliches und notwendiges Recht des Pfandgläubigers gilt". Auch diese Auffassung entspringt nur der Neigung, einen Gattungsbegriff der *obligatio* grade am Anfang anzunehmen, während es umgekehrt war. Daher reden entgegen der Ansicht Scheuerls grade die Quellen des klassischen Rechts, in dem das Verkaufsrecht des Gläubigers wesentlich ist, mit Vorliebe von *pignus* und *pignori* (hypoth.) *obligare*, während dieser Ausdruck in früherer Zeit hier selten ist. Wir begegneten ihm zuerst bei Celsus. Alfenus spricht in der herangezogenen 12. 6. 36 zwar von dem obligatorischen *obligare*, meidet aber dieses Wort bei den zahlreichen pfandrechtlichen Wendungen in dieser Stelle.

auf die Prädiatur anwandte, hat wohl noch einen anderen Grund gehabt. — So wenig klar uns die Voraussetzungen und Wirkungen dieser Verpfändungsart aus den spärlichen Quellen auch bis jetzt geworden sind [1]), können wir doch auch das annehmen, dass dabei von einem Übergang des Besitzes der *praedia subsignata* auf den Staat als Gläubiger nicht die Rede ist.

Die Prädiatur mit ihrer persönlichen und dinglichen Haftung geht zunächst ganz eigne Wege. Der Gedanke, dass man hier eine Erscheinungsform des Pfandes im weiteren Sinne vor sich hätte, mochte besonders infolge der Stellung des Gläubigers hier zunächst ganz fern liegen. Es erschien daher eine Sicherung in der Art des Privatpfandes hier nicht einmal erforderlich: weder von der *fiducia* noch der *traditio pignoris titulo* ist irgendwo eine Andeutung vorhanden. Wir haben auch alle Veranlassung, den völligen Mangel einer Klage des *populus* anzunehmen [2]). Seine Äusserung und Festlegung fand die Sicherstellung in dinglicher Hinsicht nach den übereinstimmenden, wenn auch spärlichen Quellenzeugnissen hinreichender Weise in der sog. *subsignatio* d. h. in der schriftlichen Niederlegung des wesentlichen Vertragsinhalts durch den Schuldner-Eigentümer. An diese schloss sich dann gemäss der *lex Malacitana* 63 auch noch die Eintragung in die öffentlichen *tabulae* [3]).

---

[1]) Herzen 80 geht allerdings in seiner Resignation hier zu weit. Auf die Einzelheiten seiner Auffassung kommen wir noch zurück. — Vgl. zum Text auch Karlowa II 54 ff.

[2]) Vgl. Dernburg und Karlowa a. a. O.

[3]) Wenn ich auch mit Scheuerl 423 überzeugt bin, dass Dernburg die fiskalische Befugnis zum Pfandverkauf mit Unrecht aus der allgemeinen Staatssouveränität ableitet, so glaube ich doch, dass die letztere dem Rechtsinstitut zunächst ein singuläres Gepräge gab, was insbesondere in der Bestellung der Sicherheit zum Ausdruck kommt. — Ich glaube, dass meinen obigen Annahmen selbst Herzen folgen wird, wenn auch nach seiner Meinung (S. 83) seit Cicero die *subsignatio* ihren Charakter veränderte: „C'est donc qu'à l'époque de Cicéron (gemäss „de lege agr.“ 3. 2. 7—9) la praediorum subsignatio engendrait un droit réel, un ius in re aliena, le véritable droit de gage“. — Die Voraussetzungen dieses Instituts blieben zunächst doch dieselben singulären. — Wie vereinigt sich übrigens jene Ansicht Herzens mit seiner Grundauffassung, dass die Hypothek erst im 1. Jahrhundert n. Chr. in Rom entstanden sei? (cf. a. a. O. 211: „au moment, où l'hypothèque apparait à Rome, au premier siècle de notre ère“). Herzen

So viele Äusserungen über die Prädiatur ergangen sind, fanden wir die wichtige Frage, ob die *praedia* dem Fiskus tradiert, nur bei Dernburg (I 35) und Herzen 83 beiläufig beantwortet, und zwar in unserem Sinne. Pomponius D. 50. 17. 205 scheint unsre Annahme ebenfalls zu stützen[1]).

> Plerumque fit, ut etiam ea, quae a nobis abire possint, proinde in eodem statu sint, atque si non essent eius conditionis, ut a nobis abire possint et ideo quod fisco obligamus et vindicare interdum et alienare et servitutem in praedio imponere possumus.

Herzen führt uns bei seiner Interpretation hier auf Abwege. Mag man die Prädiatur dieser Zeit nun schon Hypothek nennen oder nicht; das kann aus der Stelle jedenfalls nicht entnommen werden, dass Pomponius *„ne parle plus de praedia obligata, mais de res obligatae"*. Selbstverständlich bezieht sich das Relativum *„quod"* im letzten Satze des Pomponius auf das hier wie so oft nachgestellte Substantivum *praedio*, und wir haben damit alles zusammen, was zur Prädiatur gehört. Wie Herzen zu seiner Verallgemeinerung *„res"* kommt, wäre selbst dann unerfindlich, wenn *praedium* fehlte und dann zu ergänzen wäre. Dass Pomponius hier keine *„description d'un droit d'hypothèque"* gibt, hat bereits Dernburg 35 zum Ausdruck gebracht, und Herzen hat nichts davon entkräftet.

Abgesehen von sprachlichen Gründen, die die Zusammengehörigkeit des *quod* und des *praedio* rechtfertigen; was sollte wohl das plötzliche Auftauchen des *praedio* im letzten Gliede grade nur in bezug auf das *servitutem imponere* für einen Sinn haben? — Es bezieht sich natürlich ebenso auf das *vindicare* und das *alienare*, ist dann aber auch mit dem Objekt des Vordersatzes: *quod fisco obligamus* notwendig identisch. Richtig geht aber auch Herzen wie Dernburg davon aus, dass hier ein besitzloses Pfand vorliegt (ebenso wie bei *Cicero de lege agr.* 3. 2. 9).

So ist es wohl erklärlich, dass die Römer diesem Rechtsverhältnis, dessen singulärer Charakter erst allmählich in jenem

---

hält nämlich den Fall bei Cic. de leg. agr. für eine wahre Hypothek: „nous avons affaire à une hypothèque proprement dite" (S. 83).

[1]) Vgl. Lenel, Pal. II 78 Anm. 5 zu Pomp. fr. 324.

Scheuerlschen Gattungsbegriff des Pfandes aufging, zunächst auch nicht den Namen (*pignus*) des letzteren gaben, zumal dieser trotz der allgemeinen Stammbedeutung bis zur Entstehung der Hypothek juristisch nur vom Besitzpfand gebraucht wurde, wie sich oben zeigte. Hätten die Römer schon von alters her auf ein „Pfand" ohne Besitz den Ausdruck *pignus* angewandt, dann brauchten wir nicht anderswo nach dem Ursprung der Hypothek zu suchen, hätten in der alten Prädiatur vielmehr das Urbild derselben vor uns. Wir haben aber auch schon aus dem hier fixierten terminologischen Grunde anzunehmen, dass die Hypothek auf anderer Basis entstanden sein muss. Erst dadurch wurde der allgemeine Pfandbegriff unter Fortfall der bei *fiducia* und *pignus* gestellten Bedingung des zunächst eintretenden Besitzüberganges geschaffen und nun auch von einem *pignus populi Rom. praediorum* gesprochen [1]).

---

[1]) Mommsen war früher (Abh. d. k. sächs. Ges. III 469) infolge der dinglichen Wirkung der *subsignatio* der Ansicht, dass hier das Recht der Hypothek in Rom bereits seit ältester Zeit bestanden hätte. Der Gelehrte kommt aber neuerdings (Sav. Z. Bd. 6 271 f.) auch zu unserem Ergebnis, einmal sachlich deswegen, weil *praedes* und *praedia* eine Einheit bildeten und daher nur zusammen aus dem Gemeindevermögensrecht ins Privatrecht hätten übergehen können. Dann terminologisch, weil man dann auch die Bezeichnung *praedium* statt *hypotheca* übernommen hätte. — Dem ist durchaus beizutreten. Ebenso der Bemerkung Mommsens (S. 272), dass die römische Hypothek von dem *ius praediatorium* beeinflusst sein möge. Ich spreche diesem Einfluss grössere Bedeutung zu als dem des griechischen Pfandrechts. Die Idee des besitzlosen Pfandes war in der *praediatura*, wenn auch zunächst auf publizistischem Gebiete, doch auf heimatlichem Boden bereits realisiert und brauchte gar nicht mehr von ausserhalb hergeholt zu werden. Das legale *ius vendendi* der Gemeinde ist uns bei der Prädiatur durch das *aes Malacitanum* c. 64, 65 und durch Cicero in Verr. 1, 54. 55 (§ 142) (cf. auch Gai II 61) ebenfalls verbürgt. Es war hier als essentiell durch die Stellung des Gläubigers leichter gerechtfertigt als im Privatrecht, wo ein *pactum* zunächst helfen musste, jedenfalls aber als römisches Institut längst vorhanden. Bei der Überführung dieser Elemente der Hypothek in das Privatrecht wird das griechische Recht durch sein Beispiel Bedenklichkeiten der Römer beseitigt haben und von Einfluss gewesen sein. Davon wird später genaueres zu sagen sein. Schon hier sei bemerkt, dass die Frage niemals in der Weise wird beantwortet werden können, wie es Neubecker der Darstellung Herzens zumutet (Sav. Z. 20 S. 287): römisch oder griechisch? Das *pignus* darf aber jedenfalls nicht als Ursprungsgebiet

Ein Seitenstück zu *„obligare“* ist übrigens das gleichbedeutende *„tenere“*. Auch dieses Wort wird sowohl von einer persönlichen Schuld gebraucht (11. 1. 15, 14. 1. 1 pr. u. § 22, 46. 1. 52. 2) als auch von der Pfandhaftung (13. 7. 21, 20. 2. 6, 18. 2. 4. 3). Da also sogar zwei Worte für die persönliche und die dingliche Haftung zusammen existieren, müssen auch die Römer zu dem unserer „Haftung“ entsprechenden oberen Begriff gelangt sein.

Die zwar nur von Ulpian citierte 10. 4. 5 pr. gibt die Meinung von Celsus anscheinend in starker Anlehnung an das Original wieder. Das zeigt die dreimalige Berufung auf Celsus mit: *„scribit“*, *„inquit“* und *„idem ait“* an. Offenbar fügt Ulpian nur die im Schlusssatz enthaltene Folgerung an: *Quae species ostendit* . . . Behandelt wird in dem Fragment die Frage der Passivlegitimation bei der *actio ad exhibendum.* Uns interessiert dabei einmal, dass nach Celsus der *conductor*, der den Transport von Waren übernommen hat, wegen seines Lohnes offenbar ein gesetzliches Pfandrecht an den Waren haben soll[1]).

Von Interesse ist ferner noch folgender Satz des Celsus:

> si a nullo, inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere.

Neuerdings ist nämlich von Herzen[2]) die Meinung auf-

---

der Hypothek betrachtet werden. — Dass in der Prädiatur nicht der Ursprung der Hypothek zu sehen ist, macht auch Naber 225 geltend, sich hier auf Herzen 162 berufend. Die Gründe beider Autoren sind jedoch m. E. nicht durchschlagend, da sie unwesentliche Verschiedenheiten beider Institute betreffen. Die Frage des Einflusses des griechischen Rechts bleibt noch ex professo zu prüfen. Vgl. gegen Herzen 208 ff. bereits Naber 226 f.

[1]) Da von einem Vertrage nicht die Rede ist und auch 20. 4. 6. 2 darauf hindeutet, kann es sich nur um gesetzliches und zwar nach letzterer Stelle privilegiertes Pfand handeln. — Die Frage: an quia pignus tenet enthält offenbar zugleich die Antwort.

[2]) Herzen 36 f.: „D'après eux (Manilius u. Brutus in D. 41. 2. 3. 3), le possesseur d'un fonds possède tous les objets situés sur ce fonds, même ceux dont il ne connaît pas la présence. Ces juristes donnent un exemple frappant. — Folgen die Worte der lex. — Ainsi, à cette époque, la possession du fonds entraîne la possession des meubles situés sur le fonds . . . Pour cet auteur (Cato de reb. rust.) et ses contemporains le gage des invecta et illata est un gage ordinaire qui ne diffère en rien des autres gages donnés en possession au créancier“.

gestellt worden, dass bei dem Pachtverhältnis, bei dem die Hypothek entstanden, von Hause aus nicht der Pächter, sondern der Verpächter den Besitz an den *invecta et illata* gehabt habe, insofern auch hier zunächst ein Besitzpfand gegeben gewesen sei.

Dies will Herzen aus D. 41. 2. 3. 3 ableiten und damit die Beweiskraft von Catos Kontraktsformularen aufheben. Die Stelle heisst *Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum.* Hier sei vom Standpunkt der Skizzierung der römischen Literatur in der Lehre vom Pfandrecht eingewendet, dass Manilius und Brutus, deren Lebenszeit mit der Catos des Älteren zwar zum grossen Teil zusammenfällt, nach jenem Citat von Paulus durchaus nicht die von Herzen daraus allgemein geschlossene Ansicht über die Besitzfrage gehabt haben müssen. Auch die älteren Juristen haben nicht verkannt, dass der *thensaurus*, von dessen Ersitzung Brutus und Manilius allein sprechen, in einem ganz anderen corpus-Verhältnis zum Grundeigentümer steht, als die *invecta et illata* des Pächters zum Verpächter[1]. Paulus bezeichnet die persönliche Ansicht des Brutus und Manilius *(„putant“)* als unrichtig nach jeder Richtung hin; und auch schon mit Proculus und Neratius stimmten letztere nicht überein, denn diese verlangen zum Besitz des *thesaurus* nach den vorausgehenden Sätzen des Fragments das *scire* und den *animus* des Grundeigentümers. Alle diese Autoren wählen aber den *thesaurus* offenbar nur deswegen als Beispiel für ihre Besitzdoktrinen, weil man, mag man auch über das Wissen und Wollen streiten, hier von einem corpus, von einem tatsächlichen Gewaltverhältnis sprechen kann[2]. Die ältere Lehre (und insbesondere auch Brutus und Manilius) sah daher den *thensaurus* als Accession des *fundus*

---

[1] Vgl. Labeo in D. 10. 4. 15.

[2] Paulus schliesst sich übrigens einer dritten, schon von Sabinus vertretenen Meinung an, dass der Schatz, bevor er nicht von der Stelle geschafft sei, nicht in der custodia des dominus fundi sich befände, wenn dieser auch Kenntnis von ihm hätte. Sabinus steht nach 41. 2. 3. 18 in der Besitzlehre eher auf den Schultern der älteren Juristen; er bestimmte nach § 3 i. f. die spätere herrschende Meinung. Labeo hat in 10. 4. 15 dieselbe Ansicht.

an, und auch in der entwickelten klassischen Doktrin unterliegt er der Aneignung. Wenn das römische Recht zu jeder Zeit vom *thesaurus* sagt, er hätte keinen Eigentümer mehr[1]), so ist selbstverständlich auch jede frühere possessorische Beziehung gelöst[2]). Daher kann also keinesfalls vom *thesaurus* auf die *invecta et illata* des Pächters exemplifiziert werden, selbst nicht für die Zeit des Brutus, Manilius und Cato. Grade die ältere Zeit wird um so genauer das Gewaltverhältnis zwischen dem Pächter und seinen Mobilien durch deren Einbringung auf das Pachtgrundstück nicht als erloschen angesehen haben; gebrauchte doch der Pächter oder Fruchtkäufer (Cato) die eingebrachten Sachen weiter in seiner Hand. So leicht zwar eine Zurückhaltung der *illata* seitens des Grundeigentümers hier zu verwirklichen war[3]), wenn der Pächter ohne Zahlung abziehen wollte, so musste doch immer erst Besitz ergriffen werden, mussten dem Pächter die Sachen, die er bis dahin allein in seiner Gewalt und Verwendung gehabt hatte, erst fortgenommen werden. Das war ein *possessionem adipisci*, kein *retinere*.

Der Begriff des corpus, der *naturalis possessio* (41. 2. 3. 3) wurde in älterer Zeit begreiflicher Weise um so strenger genommen (§§ 18, 19 ibid.; l. 18. 2 u. 25. 2 h. t.), und zwischen den Sklaven, Tieren, Geräten und sonstigen zur Fruchtziehung vom Pächter oder Käufer mitgebrachten Inventar einerseits und einem vergrabenen Schatz, dessen alte Eigentums- und Besitzverhältnisse vergessen und aufgehoben sind, werden auch Brutus, Manilius und Cato einen Unterschied in der Besitzfrage erkannt haben[4]). Der Satz Herzens[5]), dass die römische Hypothek nicht vor Beginn des 7. Jahrh. d. St. entstanden sein könne, kann jedenfalls allein durch Hinweis auf dieses Citat nicht im

---

[1]) Vgl. auch D. 41. 1. 31. 1, I. 2. 1. 39.

[2]) Vgl. Pomp. ad Quint. Muc. 41. 2. 25 pr.

[3]) Dieser Umstand vermittelte hier faktisch den Übergang vom Besitzpfand zur Hypothek, darf aber die rechtliche Grenze nicht im geringsten verwischen.

[4]) Besonders in die Augen fallend dürfte der Unterschied zwischen den frei umhergehenden Sklaven des Pächters (cf. Cato de r. rust. c. 150) und einem mit dem fundus verbundenen thensaurus sein. Vgl. Nerva in 20. 2. 9.

[5]) S. 169.

geringsten bewiesen sein, schon wegen der singulären Natur des hier allein in Rede stehenden *thensaurus*[1]).

Dass es sich in der pfandrechtlich interessierenden Richtung des Fragments um eine früh verbreitete Meinung, die wir nicht mit Herzen erst bei Papinian zu suchen brauchen[2]), handelt, verrät uns neben dem von Herzen nicht in Betracht gezogenen übrigen Inhalt des Fragments, auch die Stelle, der wir bei unserem literarhistorischen Vorschreiten oben bei Celsus begegneten. Der Besitz an den in einem Lagerhaus deponierten Waren wird dem Eigentümer des Hauses (*horrearius*) erst dann zugesprochen, *„si a nullo possidentur"*, wenn also kein anderer den Sachen körperlich näher stehender Besitzer, insbesondere der *conductor* oder dessen Erbe, da ist. Und dass Celsus diese Meinung als eine schon früher ausgesprochene nur acceptiert, könnte man seinem *„verum est"* entnehmen.

In 10. 2. 18. 4 citiert Ulpian einen Ausspruch des Celsus *(„Celsus etiam illud eleganter adicit")*. Letzterer erörtert den Fall der Vererbung der Pfandschuld und stellt dabei den wichtigen Satz auf:

---

[1]) Da Herzen der Ansicht ist, dass bei der Landpacht, an der die Hypothek zuerst entstand, in älterer Zeit der Verpächter den Besitz der Illaten gehabt hätte, so wunderte uns übrigens, dass jener Schriftsteller von dieser Annahme bei seiner Geschichte der Hypothek nicht ganz anderen Gebrauch gemacht hat. Es wäre nämlich höchst reizvoll, wenn wir uns heute die Entwicklung in Anknüpfung an Herzen so denken könnten: Das Pfandrecht des Verpächters an den Illaten war zunächst ein reines Besitzpfand. Die Hypothek entstand auf dieser Basis einfach dadurch, dass sich die Theorie des Besitzes änderte: Man nahm dem Verpächter später den Besitz an den Illaten, liess aber das Pfand nach wie vor durch die inductio entstehen. Da hatte man die Hypothek! — Da aber der Satz, dass der Verpächter ursprünglich den Besitz der Illaten gehabt habe, unerweislich, vielmehr das Gegenteil richtig ist, mussten wir diesen Gedanken selbst fallen lassen. Die Römer haben die Hypothek von Anfang an als besitzloses Pfand bei der Landpacht ausgebildet. — Dass Herzen diese in unserer einheimischen Literatur noch nicht geäusserte Auffassung über das Verpächterpfand hat, verdiente übrigens wegen ihrer Bedeutung für seine Darstellung in Neubeckers Besprechung des Werkes (Zeitschr. d. Sav.Stift. 20. 279 ff.) mehr als anderes wohl der Erwähnung.

[2]) S. Herzen 36, wo bloss Pap. D. 41. 2. 44 pr. als Vertreter dieser Doktrin angeführt wird.



alias non sit liberaturus rem creditor, nisi in solidum ei satisfiat.

Danach war Celsus die ungeteilte Pfandhaftung der Sache für die ganze Forderung bereits in aller Schärfe bekannt. Verteilt sich infolge Erbgangs die Schuld auch reell auf die Miterben, so wird die dingliche Haftung dadurch nicht berührt. Der Gläubiger gibt die Sache erst dann frei, wenn er völlig befriedigt worden ist. Die Miterben haben gegen einander den Anspruch auf anteilsweise Befriedigung des Gläubigers (mit der *actio familiae erciscundae, § 7 ibid*).

Neratius spricht in (20. 2) 3 und 4 von den Voraussetzungen des *„quasi tacitum“ pignus* des Vermieters an den *invecta et illata*. Terminologisch ist zu dem formelmässigen *„pignori esse“* in l. 4 pr. oben S. 31 bereits das Nötige bemerkt worden. In 10. 2. 18. 7 behandelt Neratius den Fall, der im § 4 derselben lex auch von Celsus erörtert wurde. Der Erbe, der eine Nachlassschuld abgezahlt, um den Verkauf des ungeteilt haftenden Pfandes zu verhüten, nimmt im Wege der *actio familiae erciscundae* den Regress gegen die Miterben.

§ 13.

Erst von Julian[1]) ab hört dieser Zustand, in dem wir auf eine so spärliche Anzahl von Fragmenten angewiesen sind,

[1]) Bei der grösseren Anzahl der unten anzugebenden Fragmente dieses Juristen erweist sich die ohne Begründung ausgesprochene Behauptung Kuntzes (II 3), Gaius sei „der älteste Jurist, von welchem wir wissen, dass er sich eingehend mit dem Pfandrecht beschäftigte“ — als unrichtig. Es wäre auch ein schlechtes Zeichen für die Entwicklung des Pfandrechts, wenn grade ein Mann wie Julian an dieser Materie vorübergegangen wäre. — S. 5 spricht Kuntze den Irrtum offen aus: „Auffallend ist, dass aus Julian nur wenige ganz unbedeutende Fragmente Aufnahme (lib. 13. 7) gefunden haben“. (Hierüber oben.) Mit wie unzureichendem Quellenmaterial Kuntze hier arbeitete, zeigt sich auch S. 4. In seinem Bestreben, die historischen Daten dieses Instituts erst für die spätere Kaiserzeit festzulegen, zieht er, da die Stelle von Nerva und Proculus (20. 4. 13) wenig Bedeutung hätte, als frühste Autoren Aristo und Neratius ans Licht! Welche älteren Stellen existieren, und auf welcher Höhe die frühere Literatur bereits stand, hat sich oben gezeigt. In jenen werden schon kompliciertere Rechtsfragen erörtert. Sie sind nur die ältesten uns bekannten.

auf. Wenn uns die letzteren wegen ihres Alters grade von grossem historischem Wert sind, so können terminologische Betrachtungen von grösserem Wert doch erst dort angestellt werden, wo das Material sich häuft, d. h. hier vom Beginn des 2. Jahrhunderts ab. Man scheint sich aber des wichtigen Umstandes gar nicht bewusst geworden zu sein, wie spärlich uns die Fragmente bis Julian in pfandrechtlicher Hinsicht überhaupt überliefert sind. Aus der obigen Tabelle ergibt sich dies jedenfalls, selbst wenn unserer Prüfung eine oder die andere Stelle entgangen sein sollte.

Aus diesem Umstande sei schon hier der für die historische Betrachtung wertvolle Schluss gezogen, dass man aus dem Nichterwähntwerden irgend eines pfandrechtlichen Punktes vor Julian so gut wie gar keine Folgerungen machen darf. Entweder haben sich die früheren Juristen mit pfandrechtlichen Dingen überhaupt nicht sonderlich beschäftigt, oder aber Justinian und Tribonian haben die älteren Fragmente hier ignoriert, da unter den jüngeren Schriften und Monographien besseres und reicheres Material zu Gebote stand. Ich möchte letzterer Annahme den Vorzug geben; denn, wenn die älteren Fragmente auch spärlich sind, so behandeln sie doch, wie wir beobachten konnten, schon kompliziertere Fälle und verraten bereits längere Entwicklung der Ideen, die sich entschieden auch literarisch in grösserem Umfange niedergeschlagen haben werden, als wir es den Digesten entnehmen können.

Wenn aber die pfandrechtlichen Fragmente der Digesten vor Julian überhaupt spärlich sind, dann können wir den überlieferten auch nicht zumuten, dass sie uns über alles, was damals Rechtens war, berichten. Wenn wir nur zwei pfandrechtliche Fragmente aus der Zeit der Republik finden, die beide anscheinend vom Besitzpfande reden, so können wir daraus gewiss nicht schliessen, dass das Recht der Republik kein Vertragspfand gekannt habe. Wir müssen uns für diese Zeit also in anderen Quellen umsehen.

Es finden sich in Lenels Palingenesie folgende von Julian stammende Fragmente pfandrechtlichen Inhalts[1]):

[1]) Voran steht das fr. bei Lenel. Die Stelle der Digesten ist daneben gesetzt. Ist ein Autor in Klammern beigefügt, so ist dieser der Referent.

88	=	5. 3. 41. 1 (Gai.).
89	=	5. 3. 54. 1.
120	=	10. 3. 6 §§ 8 u. 9 (Ulp.).
122	=	10. 3. 7. 6 (Ulp.).
173	=	13. 7. 11. 5 (Ulp.).
174	=	13. 7. 13 pr. (Ulp.).
		20. 5. 7 pr. (Marcian.).
175	=	13. 7. 28.
176	=	13. 6. 3. 5 (Ulp.).
206	=	16. 1. 8 pr. (Ulp.).
208	=	6. 1. 39. 1 (Ulp.).
211	=	12. 2. 40.
214	=	18. 2. 10.
215	=	41. 2. 36.
217	=	44. 7. 16.
240	=	18. 1. 39.
338	=	47. 2. 12. 2 (Ulp.).
		47. 2. 19. 6 (Ulp.).
		47. 2. 67 pr. (Paul.).
339	=	47. 2. 14. 1 (Ulp.).
345	=	47. 2. 69 (Marcell.).
479	=	34. 3. 1. 1 (Ulp.).
489	=	30. 86 pr.
564	=	36. 1. 1. 16 (Ulp.).
608	=	41. 2. 1. 15 (Paul.).
		41. 1. 37 pr.
614	=	41. 3. 33 §§ 4. 5 und 6.
615	=	13. 7. 29.
618	=	41. 4. 7. 7.
620	=	41. 5. 2 pr.
670	=	8. 1. 16 [= 43. 25. 1. 5 (Ulp.)].
674	=	20. 1. 15 pr. (Gai.)[1].
675	=	20. 1. 21. 1 (Ulp.).
676	=	43. 33. 1.
748	=	39. 6. 18. 3.
766	=	40. 9. 5. 2.
907	=	18. 1. 41 pr.

Aber manches Material werden wir auch noch in den Digesten selbst finden, z. B. 2. 14. 4 pr. und § 2. Sicher bezieht sich das: *idem Juliano placet* nicht nur, wie Lenel in fr. 14 anzudeuten scheint, auf das allgemeine: *conventiones etiam tacite valent,* sondern auch auf das spezielle folgende Beispiel des Principiums[2]).

Es interessiert uns auch D. 19. 1. 11. 16, die Lenel in fr. 250 und im Index auslässt.

Ferner 13. 7. 31, die Lenel nur bei African (fr. 108) anführt[3]).

Es sind hiermit also zusammen 40 Fragmente Julians mit pfandrechtlichem Inhalt ermittelt.

Aus den bekannten Gründen werden wir auch besonders in Africans Quästionen noch manche pfandrechtliche Äusserung

---

[1]) Die Worte: aut de usu . . . bis nascuntur, rühren nicht von Gaius her. Cf. Lenel daselbst.

[2]) Bereits Kipp a. a. O. S. 510 hat dies als wahrscheinlich hingestellt.

[3]) Obige Zusammenstellung ist der Kontrolle wegen natürlich unabhängig von Herzens (13 f.) Aufstellung gemacht worden. Letztere erweist sich also bis auf D. 2. 14. 4 im allgemeinen als zutreffend.

Julians zu vermuten haben[1]), deren strikter Nachweis jedoch unmöglich ist. Es sind also jedenfalls nicht wenige Fragmente, die wir nach Kuntzes Meinung (II 5) von Julian antreffen, und noch viel weniger „ganz unbedeutende“.

Man vergleiche in letzterer Hinsicht fr.: 120, wo Julian mit Schärfe von der damals schon voll durchgeführten Dinglichkeit des Pfandrechts spricht, das in seinem Bestande *(manere integrum ius pignoris)* durch keine Verfügung über die Sache, auch nicht durch Teilung unter die *socii* berührt wird. Es kann sich hier übrigens nur um eine Hypothek handeln, die anscheinend auch Julian in die Worte fasst: *rem pignori dare.* In fr. 174 wird Julians Ansicht von Ulpian geteilt und war für ein Rescript vorbildlich. Im zweiten Teil billigt der Pfandrechtsmonograph Marcian eine andere Meinung Julians ausdrücklich. In 208 versagt ihm auch Ulpian nicht das Prädikat: *recte scribit.* Sehr bedeutsam sind die Fragm. 211 ff.[2]) für die Lehre von der Pfandfiducia. Nicht zu übersehen ist fr. 338, in dem Ulpian Julians Ansicht über die Stellung des Pfandgläubigers beim *furtum* citiert. Da man die *actio furti* sowohl dem Gläubiger wie dem Verpfänder gibt, war es fraglich, ob sie dem Gläubiger nur unter der Bedingung zugesprochen werden könne, dass er infolge der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ein besonderes Interesse am Pfandbesitz habe, oder ob sie dem Gläubiger ohne Rücksicht darauf gegeben werden musste. Ulpian berichtet, dass Pomponius und Papinian letztere Ansicht vertraten, stellt aber mit diesen Autoritäten Julian in eine Reihe, dem sich die Jüngeren nur angeschlossen[3]), legt sogar dessen Ansicht der ganzen Betrachtung im Anfang des Fragments zugrunde. Uns interessiert besonders der Schlusssatz: *et ita et Julianus saepissime scripsit.* Wie reimt sich das mit Kuntzes Geringschätzung zusammen, der es Julian abspricht, eine Rolle in der Entwicklung

---

[1]) Cf. Lenel I 2 Anm. 1. Siehe unten bei African.

[2]) Dass sie ursprünglich von der fiducia handeln, ist durch Lenel, Zeitschr. d. Sav. 3, 116 ff., 177 ff. erwiesen. Die Wichtigkeit dieser dem 13. Buch der Digesten Julians entnommenen Fragmente für die Lehre vom Pfandrecht liegt auf der Hand.

[3]) Paulus war anderer Ansicht, wovon unten bei seiner Literatur die Rede sein wird.

des Pfandrechts gespielt zu haben? Ja Kuntze sagt II 5 sogar: „Auffallend ist . . ., dass Ulpian, der sonst so gern sich auf Julian beruft, desgleichen Marcian so selten den Julian citieren“ [1]). — Wir beobachten bei obiger Aufstellung im Gegenteil, dass wir es besonders grade Ulpians Citaten zu verdanken haben, dass uns von Julian mehr Stellen überliefert sind als von seinen Vorgängern. Man darf hier natürlich nur verhältnismässig urteilen. Direkte Fragmente von Julian selbst sind von Justinian auch verhältnismässig nicht wenige aufgenommen, wie die obige Zusammenstellung erkennen lässt. Dass Julian auch im Pfandrecht nicht unbedeutend gewesen sein muss, folgt auch aus Ulpians und Marcians anerkennenden Berichten über die Häufigkeit, Richtigkeit und Massgeblichkeit Julianscher Aussprüche über unsere Materie (fr. 173, 174, 208, 338, 675: *recte dixit, habet rationem, saepissime scripsit*). Hervorzuheben wäre demgegenüber auch, dass der 33. Titel des 43. Buchs der Digesten „*De Salviano interdicto*“, von einem kurzen Fragment Ulpians abgesehen, nur aus Julian 49 Dig. excerpiert ist. Es werden hier kompliziertere Fälle des Verpächterpfandes zugrunde gelegt.

Auch über die wichtige Frage der Behandlung einer beim Pfandverkauf zwischen Gläubiger und Käufer geschlossenen Rückkaufsabrede hat sich Julian mehrfach geäussert und wird auf ihn zurückgegriffen (fr. 174). Marcian schliesst sich seiner Ansicht an (D. 20. 5. 7 pr.), dass der Schuldner aus dieser Abrede ebenfalls ein Recht auf Rückerwerb ableiten dürfe, indem er mit der persönlichen Pfandklage von seinem früheren Gläubiger gegen Erlegung des Kaufpreises die Cession von dessen Ansprüchen gegen den Käufer verlangen dürfe. — Der Schuldner kann die Pfandsache nach fr. 240 (D. 18. 1. 39) hingegen niemals vom Gläubiger kaufen.

Von Bedeutung ist auch fr. 206 (D. 16. 1. 8 pr.), und sein Inhalt soll hier schon in Betracht gezogen werden, da Kuntze

[1]) Kuntze hat anscheinend nur die sed. mat. vor Augen gehabt; er beruft sich nur auf D. 13. 7. Er berücksichtigt im übrigen anscheinend auch nur direkte Fragmente Julians, aber nicht einmal alle oder die meisten. Die Beobachtung Kuntzes II 5 Anm. 12, dass Julian von Gaius nur einmal citiert werde, ist auch nicht richtig.

(I 28. 4) in seiner Geringschätzung Julians dasselbe bei seinen Schlüssen aus dem *Senatusconsultum Vellaeanum* übersehen hat (wobei ihn wohl Voigt 264 Anm. 64 leitete).

Schon Julian spricht hier den Satz aus: *Quamvis pignoris datio intercessionem facit* . . . Im Sinne jenes *Senatusconsults* gehört also auch die Pfandbestellung zu den Intercessionen. Sprachlich wäre es möglich, diesen Satz auf Ulpian zu beziehen. Das *tamen* kann auf Julianus, *scribit* wird aber richtiger auf das *non esse* bezogen. Mindestens muss Julian in der von Ulpian citierten Stelle das hier im Vordersatz ausgesprochene Prinzip gekannt und anerkannt haben; denn wenn Julian unter den „*obligationes*" des Gesetzesantrages (D. 16. 1. 2. 1) (wie Kuntze) nur persönliche Schulden verstanden hätte[1], nicht auch (wie Pomponius, Ulpian und Paulus nach ll. 32, 8, bzw. 29) dingliche Haftungen, so hätte er von dem hier vorgetragenen Fall, den er sichtlich als Ausnahme jenes stillschweigend angenommenen Prinzips hinstellen will, gar nicht zu reden brauchen. Die von ihm behandelte Frage *(redditionem pignoris non esse intercessionem)* wird nur durch das Bestehen des Prinzips nahegelegt, nur durch dieses vermittelt. Nach Julian soll in dem Zurückgeben nicht ebenso wie in dem Geben eines Pfandes eine Intercession liegen.

Das fr. 208 (D. 6. 1. 39. 1) rechtfertigt unsere Annahme vollständig. Ulpian referiert: *Julianus recte scribit libro duodecimo digestorum mulierem, quae intercedens fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum posse in rem actione petere.*

Im übrigen lehrt 46. 3. 97 (arg.: *veteres*), dass die Verpfändung durch *pignus* oder *hypotheca* schon früh ein im praktischen Leben stehendes Verkehrsgeschäft war.

Fr. 674 (20. 1. 15 pr.) ist ein Citat von Gaius, der uns die wichtige Nachricht überliefert, dass schon Julian sowohl dem Eigentümer wie dem Niessbraucher eines Grundstücks das Recht zugestand, auch die erst künftig entstehenden Erzeugnisse desselben vorher hypothekarisch zu verpfänden.

Was die Terminologie Julians anbetrifft, so sind die ihm

---

[1]) In der nachfolgenden Literatur handelte es sich zumeist um die Feststellung des schon seit Augustus (l. 2 pr. h. t.) streitigen Begriffs der Intercession. Das Gesetz liess hier freien Spielraum.

geläufigen, auch für das Vertragspfand[1]) gebrauchten Ausdrücke: *rem pignori dare (accipere), pignoris datio.*

Von grösster terminologischer Bedeutung ist das direkte Fragment Julians in D. 41. 3. 33. 4 (Lenel 614) mit dem Schlusssatz:

> plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit.

Wir haben hier aus den Digesten die älteste Stelle vor uns, in denen das Wort *hypotheca* gebraucht ist. Ich glaube nicht, dass letzteres hier interpoliert ist, wenn dies auch die einzige Stelle bei Julian ist, in der sich das Wort findet. Wir können auch sonst keinen Fall nachweisen, wo etwa *hypotheca* für das ursprüngliche *pignus* interpoliert ist. Die Interpolationen im Gebiet des Pfandrechts hatten nicht den Zweck, rein terminologische Neuerungen zu bringen. Wo insbesondere *pignus* für *fiducia* gesetzt wurde, sollte damit nicht der *terminus*, sondern das *ius* geändert worden. Weil hier eben durch eine blosse Wortänderung eine Rechtsänderung vorgenommen werden sollte, deshalb enthalten die Interpolationen Widersprüche und Inkongruenzen aller Art, die uns heute als Verräter des Eingriffs hochwillkommen sind.

In jener Meinung werden wir auch durch den gleich folgenden § 5 nicht wankend gemacht. Beide Paragraphen haben insofern einen conformen Gedankengang, als je ein Rechtssatz zuerst für den Fall eines *pignus traditum*, dann eines *conventum* geprüft wird. — Aus diesem Grunde ist es insbesondere wohl auch ausgeschlossen, dass etwa das ganze obige Citat eine Interpolation ist. — Im § 5 heisst es im Schlusssatz:

> at si nuda conventione pignus contractum fuerit, nihilo minus usucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur.

Da die erste Stelle die einzige von *hypotheca* sprechende bei Julian ist, und dieses Wort trotz der Conformität und Aufeinanderfolge beider Äusserungen gleich darauf gegen *pignus*

---

[1]) Um ein solches kann es sich nur handeln in D. 10. 3. 6 §§ 8 u. 9. — In 41. 2. 1. 15 (Citat von Paul.) setzt Julian daher, um den Fall eines Besitzpfandes hervorzuheben, hinzu: servum corporaliter pignori datum.

gewechselt wird, so kann daraus nur der nicht auffallende Schluss gezogen werden, dass Julian den Ausdruck *hypotheca* zwar schon kannte und, was noch wichtiger, dessen Bekanntsein auch allgemein voraussetzte, dass er ihm aber noch nicht geläufig war. Ähnliches werden wir weiterhin beobachten.

Hier hat schon Kuntze (II 14) ohne Zweifel mit seiner Behauptung Recht, dass *pignus* der geläufige Ausdruck der klassischen Jurisprudenz ist, auch da, wo es sich um das blosse Vertragspfand handelt. Dieser Umstand hat bereits oben S. 7 seine allgemeine Erklärung gefunden. Steht schon die Reception des Wortes *hypotheca* überhaupt im Widerspruch zu dem Bestreben der Römer, ihre Terminologie selbständig aus ihrer Muttersprache zu bilden [1]), so ist das Zögern bei der Reception vollends erklärlich, zumal bei den im Zenit der Klassicität stehenden Juristen, die das neue Wort nur vereinzelt gebrauchen.

Immerhin darf die Reception des griechischen Wortes nicht zu sehr verwundern; man darf dabei nur nicht gleich die Reception des griechischen Instituts mitdenken. Es finden sich auch ausser den drei pfandrechtlichen *termini: hypotheca, antichresis, hyperocha,* bekanntlich eine Reihe von *termini* griechischer Abkunft im Munde der römischen Juristen. Ich erinnere nur an *parapherna* [2]), *emphyteusis, chirographum, chirographarius,* ganz abgesehen von den zahllosen anderen Worten griechischen Stammes. Aus der Zeit vom Ende der Republik an enthalten auch die Digesten und die Institutionen bekanntlich zahlreiche Anwendungsfälle griechischer Terminologieen. Wenn hier auch nicht immer

---

[1]) Vgl. hierzu Krüger, Gesch. d. Quell. u. Lit. d. röm. R. S. 47 bei 9. Hierselbst werden arrha und hypotheca mit Recht als die ältesten juristischen Lehnwörter bezeichnet. S. auch Herzen 210. Wir fanden übrigens unsere Beobachtung, dass Julian das Wort hypotheca zuerst anwendet, nur bei Herzen 169 f. bestätigt: „C'est lui le premier qui emploie en latin le mot hypotheca dans D. 41. 3. 33. 4". S. auch dort S. 170 Anm. 1 über Bremers Irrtum, der Gaius die Priorität erteilte, und über Cicero ad Att. 2. 17 u. ad. fam. 13. 56. 2. — S. 177 Anm. 1 a. E. macht Herzen hingegen folgende dem widersprechende Bemerkung: „Il en est de même du liber singularis de formula hypothecaria (Gai.), lequel ne peut avoir été écrit que dans la seconde moitié du II. siècle, le mot hypotheca ne se trouvant pas auparavant chez les Romains".

[2]) Vgl. über *parapherna* D. 23. 3. 9. 3 und C. 5. 14. 8.

ohne weiteres von einer Reception gesprochen werden kann — insofern griechische Schriftzeichen verwertet werden, obgleich Marcian in D. 20. 1. 11. 1. und 13. 7. 33. die römische Antichrese auch griechisch schreibt[1]) — so zeigt sich hieran jedoch auch, dass gerade der Sprachsinn der Römer jetzt auf das Griechische gerichtet war. Wir finden nicht nur zahlreiche Analogieen und Gegenüberstellungen griechischer *termini*[2]), von denen einige sogar öfters wiederholt werden; auch direkte Ableitungen aus dem Griechischen werden vorgenommen[3]). Wirkliche Substitutionen und Anwendungen griechischer Worte statt lateinischer sind nicht selten[4]).

Von Interesse ist hier auch Marcian D. 20. 5. 7 pr.:

> Et Julianus libro undecimo digestorum scribit recte quidem distractum esse p i g n u s . . . Sed quod Julianus scribit in p i g n o r e, idem et circa hypothecam est.

Marcian nimmt hier seinen Gewährsmann streng beim Wort. Ob er ihn aber richtig versteht? Ob Julian nicht vielmehr, seinem vorhin beobachteten Sprachgebrauch getreu, in dem von ihm herrührenden Satz das ohne jedes Attribut citierte *pignus* für Pfand im weiteren Sinne gebraucht, so dass der Zusatz Marcians überflüssig ist? Das letztere scheint näher zu liegen, da Julian regelmässig *pignus* im weiteren Sinne gebraucht. Wie heute die schwankende Bedeutung von *pignus* in den Quellen öfters irre geführt hat, so können auch die alten Juristen mangels fester Terminologie bisweilen einander missverstanden haben.

§ 14.

P o m p o n i u s brauchen wir gegenüber Kuntze nicht zu ver-

---

[1]) Von diesem Wort wird bei Marcian die Rede sein.

[2]) Cf. z. B. I. 3. 6. 3, 3. 20. 7, 4. 1. 3, 4. 4 pr., D. 2. 13. 7. 1, 41. 2. 1 pr., 22. 3. 28 (Paul.), 33. 7. 2 (Papin.), 3. 2. 4. 1, 39. 3. 1. 9 (Ulp.), (50. 16) 30. 2 u. 236. 1 (Gai.), 46. 3. 13, 50. 17. 65 (Jul.), (50. 16) 239. 2 u. 4 (Pompon.), 13. 3. 3 (Celsus), 39. 3. 1. 9 (Cassius — Sabinus), 50. 16. 5. 1 (Labeo), 50. 16. 205 (Alfenus), 47. 10. 13. 7.

[3]) Cf. I. 4. 1. 2 (fur von *φωρ*), 4. 18. 5 (telum — *τῆλος*), D. 1. 5. 23 (Modest., spurii von *σπορά*).

[4]) Z. B. D. 2. 14. 7. 2 (*συνάλλαγμα* Aristo), dasselbe in 50. 16. 19 (Labeo — Ulp.). Cf. 12. 2. 13. 2, 43. 17. 3. 7, 21. 1. 1. 7, 30. 104. 1, 7. 8. 10. 1, 38. 16. 8, 14. 1. 1. 12, 15. 1. 7. 2.

teidigen, da er von letzterem Schriftsteller unter den Juristen seiner Zeit als Hauptautorität bezeichnet wird[1]). Wir müssen diese Behauptung vielmehr wesentlich einschränken. Es wäre auch auffallend, wenn wir Pomponius, dem „unwissenden Schriftsteller“[2]), die historisch erste Führerrolle im Pfandrecht zusprechen müssten! Er scheint vielmehr nur eine Zusammenstellung der ganzen bisherigen Literatur beabsichtigt zu haben (Krüger 175).

Es finden sich von Pomponius 36 pfandrechtliche Fragmente in den Digesten.

Lenel. fr. 10 (Marcian), 48 (Ulp.), 105 (Ulp.), 108 (Paul.), 109 (Ulp.), 140 (Ulp.), 161 (Paul.), 162 (Ulp.), 163 (Ulp.), 169 (Ulp.), 193, 194, 331, 481, 509, 511, 558, 565, 567 (Ulp.), 568 (Ulp.), 652, 665, 698, 733, 797, 798, 799, 800, 801, 805, 819 (Paul.), 823 (Marcian), 837 (Marcian), 838, 843 (Marcian), 848 (Ulp.).

Danach könnten wir also eher Julian (s. o.) als Hauptautorität dieser Zeit bezeichnen. Unzutreffend ist auch, wenn Kuntze hervorhebt, dass gerade Pomponius von den Späteren mit Vorliebe citiert werde, und dass Marcian ihn nächst Papinian am häufigsten citiere. Wir finden nur 4 Citate von Marcian. Im übrigen ist die Anzahl der Citate durch spätere Juristen bei Julian noch grösser. Auch materiell wird Pomponius von Kuntze überschätzt.

Das, was Kuntze aus der Literatur des Pomponius hervorhebt, findet sich bei letzterem nicht etwa durchweg zuerst vor. Nur in der Erwähnung des Legalpfandes des Verpächters an den Früchten des Pachtgutes ist Pomponius offenbar Priorität zuzusprechen. Hingegen findet sich die Verpfändung einer Servitut bereits bei Labeo (22. 1. 49, *pignus usus fructus*). Andrerseits blieb die Frage der Verpfändbarkeit von gewissen Rechten bis in die jüngste Zeit zweifelhaft (cf. Marcian 20. 1. 11. 2. und 3.). Die von Kuntze angeführten Äusserungen des Pomponius treten daher in den Hintergrund. Letzterer ist auch

---

[1]) Kuntze II 5.

[2]) So nennt ihn wenigstens Mommsen, röm. Staatsr. II 1 S. 168. Vgl. aber auch Kalb, Roms Jur. 63, der sich über die Sprache des Pomponius in gleichem Sinne äussert.

nicht etwa der Erste, der sich „mit dem Falle der Unzulänglichkeit des Pfanderlöses beschäftigt“ (20. 5. 9. 1). Es ist selbstredend, dass die römischen Juristen, sobald nur das vertragsmässige Verkaufsrecht des Pfandgläubigers geschaffen war [1]), auch Regeln für den leicht möglichen Fall der Unzulänglichkeit des Erlöses aufgestellt haben. Erwähnt sei nur, dass nach der oben erörterten 20. 4. 13 sich schon Nerva, Proculus und Plautius mit diesem Fall beschäftigen [2]). Sie sind sicherlich aber in Wirklichkeit nicht die Ersten.

Pomponius interessiert mit der ins Feld geführten 20. 5. 9. 1 aber insofern, als er die bei der Verpfändung übliche Abrede *„ut reliquum debitor redderet“* (d. h. der Schuldner bleibe für den beim Verkauf ungedeckt gebliebenen Rest der Schuld weiter verhaftet) für überflüssig erklärt, da dies *ipso iure* eintrete.

Ich würde aus der Stelle aber auch nicht schliessen, dass Pomponius hier als Reformator auftritt oder eine neue Episode kennzeichnet. Er wendet sich lediglich gegen die bisherige Praxis [3]) (*quod in pignoribus dandis adici solet*). Grade weil die Behauptung des Pomponius, anscheinend auch nach seiner eignen Meinung, selbstverständlich ist, und weil dem römischen *pignus* die Idee eines Verfallpfandes von Anfang bis zuletzt fremd war [4]), kann die von Pomponius mitgeteilte Praxis nicht Beweisgrund dafür sein, dass früher der Mangel jener ausdrücklichen Abrede die Weiterhaftung des Schuldners etwa ausschloss. Ebenso wenig war andrerseits eine besondere Abrede dahin nötig, dass ein *superfluum* an den Schuldner zurückgegeben werden müsste [5]). Diese Rechtssätze waren mit der Institution des Pfandverkaufs doch von selbst gegeben. Wozu sonst der Verkauf, wenn die Wertdifferenz gleichgiltig sein

---

[1]) Also schon während der Republik, cf. Servius D. 47. 10. 15. 32.

[2]) Es heisst dort: nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent. Dieses sufficere kann sich nur auf den Erlös beziehen.

[3]) Diese nahm auch ruhig ihren Fortgang, was sich z. B. bei Scävola (46. 1. 63) zeigt, wovon unten die Rede sein wird.

[4]) Wir können hier von der Zeit absehen, in der durch besondere lex commissoria jenes Grundprinzip durchbrochen werden konnte.

[5]) Die Möglichkeit des Mehrwertes der Pfandsache zieht z. B. schon Atilicinus (13. 7. 6 pr.) in Betracht.

sollte? Wenn also Pomponius hier sein „*supervacuum est*" ausspricht, so sagt er dies nur vom Standpunkt des schon früher und immer geltenden Rechts.

Hier ist überhaupt einer Eigentümlichkeit des römischen Rechtslebens zu gedenken, die wir gerade in der Entwicklung des Pfandrechts beobachten können und bei unseren Schlussfolgerungen in Rechnung zu ziehen haben. Man ist heute geneigt, die Rechtskenntnisse der römischen Laien wegen der grösseren Öffentlichkeit des gesamten Rechtslebens im Vergleich zu heute zu überschätzen. Die Praxis des Verkehrs spiegelt aber den Inhalt des geltenden Rechts doch nicht in dem Masse wider, dass wir unbedingt zuverlässige Schlüsse von jener auf das letztere ziehen können. Nicht jede, wenn auch übliche Vertragsabrede deutet unter allen Umständen darauf hin, dass infolge ihres Mangels die betreffende Rechtswirkung *ex lege* nicht eintreten würde. Wer etwa davon ausgehen würde, dass die Römer das sie interessierende Recht in der Hauptsache kannten, dass sie daher überflüssige Abreden, deren Inhalt — wie sie wüssten — schon *ipso iure* einträte, geflissentlich vermieden, den würde z. B. C. 4. 24. 4 (a. 223) leicht irre führen können. Denn auch hier wird das *pactum de vendendo* noch als ein „*vulgare*" bezeichnet; und ebenso Scaevola D. 44. 3. 14. 5 und 46. 1. 63, wo das: *nisi pecuniam solvisses* auch überflüssig, und wo auch noch von einer Abrede der Weiterhaftung des Schuldners für den nicht gedeckten Betrag seiner Schuld[1]) und von einem *pactum de vendendo* die Rede ist, obgleich dies *ius vendendi* schon ein gesetzliches Recht war. Auch Ulpian zieht in 13. 7. 4 trotz der im zweiten Satz angegebenen Rechtslage die Möglich-

[1]) Hitzig 87 A. 1 scheint diese Stelle Scävolas als Parallele für seine Auffassung zum griechischen Recht in Anspruch zu nehmen. Es ist aber nicht richtig, dass nach dem römischen Recht dieser Zeit noch eine besondere Abrede der Weiterhaftung des Gläubigers für das ἐλλεῖπον (minus) erforderlich war. Dies hält diesem Autor, wie ich sehe, auch Naber 228 entgegen, der dieselbe Rechtslage auf Grund der Syngr. Lacritea Demosth. wie des decretum Delphicum (cf. Hitzig 86) gegen Hitzig auch für das griechische Recht in Anspruch nimmt: „nam apud Romanos quoque in pignoribus dandis hoc adici solebat ex abundanti, ut quo minus pignus venisset reliquum debitor redderet (20. 5. 9. 1), quidni igitur ex abundanti apud Graecos" (cf. et. Demost. 32 § 30).

keit eines *pactum* in Betracht und erörtert die Wirkungen des letzteren. In C. 8. 33. 3. 1 zieht sogar noch Justinian das *pactum d. v.* hinsichtlich seines Inhalts in Erwägung, weil es immer noch vorkam.

Auch bei anderen Rechtsinstituten finden wir diese Erscheinung. Die Eviktionshaftung des Verkäufers machte einen ähnlichen Entwicklungsgang vom vertragsmässigen zum gesetzlichen durch, und doch wurden Stipulationen auch bis in die späteste Zeit noch vorgenommen.

Ebenso wie heute wurde auch in Rom zu allen Zeiten bisweilen dasjenige noch ausdrücklich vereinbart, was schon von Gesetzes wegen eingetreten wäre; die naheliegenden Gründe sind nach wie vor entweder Unkenntnis oder doch nicht genaue Kenntnis des objektiven Rechts und daher Ausschluss jedes Zweifels (cf. D. 17. 1. 56 pr.) oder andernfalls besondere Hervorhebung des Parteiwillens gemäss dem alten, von Paulus, sent. 3. 4a. 10 herangezogenen Prinzip: *superflua enim facta prodesse iuri tantum, nocere non possunt;* oder aber unbeirrte Gewohnheit, die an einer alten Tradition ohne alle Rücksichten lediglich festhält und sich auch durch die Bildung eines Rechtssatzes nicht plötzlich sondern nur allmählich verliert[1]). — Damit scheint aufs Engste die Gewohnheit der Römer zusammenzuhängen, von einer *tacita conventio* zu sprechen, was wir als „gesetzliches“ Recht ansehen. Wenn das entwickeltere römische Recht den Vertragswillen aber nur fingierte, ist es um so weniger auffallend, dass man in diesen Fällen dennoch tatsächlich noch Verträge schloss.

Bei Pomponius ist hinsichtlich der Verkaufsbefugnis des Pfandgläubigers die gleiche Beobachtung zu machen. Die Fortsetzung von Ulpians Fragment in den Digesten, 13. 7. 5, zeigt deutlich, dass bereits Pomponius die spätere Ansicht Ulpians

---

[1]) Platner, attischer Prozess II 307, schloss aus der Syngraphe Demosth. g. Lacrit. (926. 936), dass es in Griechenland ebenso gewesen sein soll. Es seien Verkaufsabreden geschlossen worden, obgleich sich der Verkauf von selbst verstanden. — Dagegen Hitzig, griech. Pfandrecht 85, aber auch 132. — Es wird sich freilich auch zeigen, dass das pactum de vendendo bis in jüngste Zeit dann notwendig war, wenn das — gesetzliche — Verkaufsrecht nach einer Richtung irgendwie qualifiziert werden sollte.

(vorher l. 4) vertrat[1]). Ulpian dürfte hier den Sabinuskommentar des Pomponius benutzt haben. Die Kompilatoren haben in erster Linie wohl Ulpian excerpiert, weshalb die Meinung des Pomponius in l. 5 nur anhangsweise angeschlossen wird[2]) und der ältere Autor, der uns der wichtigere ist, fälschlich in den Hintergrund tritt. Pomponius muss aber bereits auf dem Boden des Satzes Ulpians

Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat.

gestanden haben. Denn sähe er die Abrede im Sinne früherer Zeiten noch als unerlässlich an, so brauchte er nach lex 5 nicht von einem *pactum de non vendendo* zu sprechen; denn letzteres wurde erst nötig und hat erst Sinn, als das Verkaufsrecht des Gläubigers bereits gesetzlich gegeben war, — als Aufhebung dieses gesetzlichen Rechtes.

Wo also Pomponius und spätere Autoren[3]) vom *pactum de vendendo* sprechen, dort spiegeln sie lediglich die Verkehrspraxis wieder, die sich aus Vorsicht vor Überflüssigem nicht scheute. In dieses Licht müssen wir die in obigem Digestentitel folgende l. 6 pr. stellen, in der Pomponius von einer Verkaufsabrede spricht; ebenso l. 8 § 3 eod. tit.

Selbstverständlich wird durch unsere Beobachtung den Stellen, in denen einem *pactum* ausdrücklich Erheblichkeit zugesprochen wird, ihre Beweiskraft nicht genommen. Genannt sei hier im Zusammenhange mit den letzten Erwägungen das Fragment Javolens D. 47. 2. 74 (*ex Cassio*), aus dem unzweideutig hervorgeht, dass dieser Jurist das *pactum* noch für unerlässlich hält, indem in dem Verkauf des Pfandes sonst ein *furtum* läge[4]). Ferner 20. 3. 3, wo des Letzteren Zeitgenosse

---

[1]) Voigt 274 bei Anm. 92 wird dieser Stelle nicht gerecht. Das Auftreten des pactum de non vendendo involviert m. E. die Erstarkung des ius vendendi zu einem gesetzlichen Recht.

[2]) Inhaltlich basiert das Fragment des Pomponius offenbar nicht nur (vgl. Lenel, Pomp. fr. 665) auf dem Schlusssatz der in den Digesten vorausgehenden lex, sondern auf dem ganzen vorausgehenden Gedankengang. Siehe oben den Text.

[3]) Vgl. Scaevola 46. 1. 63, 44. 3. 14. 5, Papinian D. 20. 5. 3 pr., Ulpian 13. 7. 4.

[4]) Vgl. Javolenus nach D. 20. 6. 14.

Aristo, im zweiten Satz dem *pactum* dieselbe Erheblichkeit beimisst[1]).

Wir können aber jene Beobachtung noch bei anderen Elementen des Pfandrechtsinstituts machen. In 44. 4. 4. 8. z. B. zieht Ulpian nächst Nerva und Atilicinus die Möglichkeit in Betracht, dass bei einer Pfandbestellung die Verpflichtung des Gläubigers zur Rückgabe des Pfandes nach Schuldtilgung ausdrücklich verabredet worden ist. Das Vorkommen solchen *pactums* dürfte uns auch hier nicht dazu verleiten, es zum Eintritt der Rückgabepflicht für nötig zu halten. Letztere trat schon von Anfang an gesetzlich ein, worauf die alte realkontraktliche *pigneraticia directa* beruhte. — Schon Bachofen (247 bei A. 3) hat ferner auf 47. 2. 62. 8 aufmerksam gemacht, wo die Früchte des Pachtgrundstücks aus Vorsicht noch ausdrücklich verpfändet werden, obgleich schon Pomp. in 20. 2. 7 pr. von einer *„tacita“ conventio* in dieser Hinsicht spricht.

Ebenso war es beim Illatenpfand, das sich vom conventionalen zum stillschweigenden oder gesetzlichen entwickelt hat. Es zeigte sich, dass Nerva nach 20. 2. 9 das Illatenpfand bereits als gesetzliches angesehen hat. Ebenso Neratius nach l. 4 pr. und Pomponius nach ll. 2 und 6 eod. tit. — Dennoch sagt später z. B. Gaius nach 20. 4. 11. 2:

> Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent . . .

Abgesehen von jenen älteren Fragmenten, die für die historische Datierung entscheidend sind, zeigt sich auch in letzterer Stelle

---

[1]) Gai. II 64 steht historisch nicht im Widerspruch. Er zählt hier in §§ 62 ff. Fälle auf, in denen der Nichteigentümer eine Sache wirksam veräussern kann und motiviert diese Eigenart. So sagt er: item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Dass er mit dieser pactio nicht etwa das seiner Meinung nach noch essentielle pactum de non vendendo versteht (vielmehr den ganzen Pfandbestellungsvertrag; ex pactione steht hier in allgemeinem Sinne (wie z. B. in D. 2. 14. 17. 2 ex pacto) im Gegensatz zu dem vorangehenden Beispiel, in dem das ius alienandi „ex lege“ entsprang), folgt auch aus der folgenden Bemerkung . . . qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Hier gibt Gaius sichtlich die einstige Paktformel an, die insbesondere auch letztere Bedingung immer ausdrücklich enthielt (cf. D. 20. 1. 12, 44. 3. 14. 5, 50. 1. 36. 1, C. 4. 24. 4).

selbst, dass Gaius, wenn er auch von einem zu seiner Zeit wie später noch vorkommenden *pactum* ausgeht, nicht letzteres, sondern die *inductio* für das entscheidende Moment ansieht. — Die Fortdauer der ausdrücklichen Abrede ist hier um so erklärlicher, weil die Entstehung des gesetzlichen Illatenpfandes im Sinne der Römer gradezu auf einer Fiktion des Parteiwillens, einer *tacita conventio* beruhte[1].

Dieser Umstand darf bei historischen Folgerungen nicht übersehen werden. Und so ist auch das Fragment des Pomponius, von dem wir ausgingen (20. 5. 9. 1), zu beurteilen. Dass das daselbst behandelte *pactum* schon vor Pomponius überflüssig war, braucht hier wohl nicht direkt quellenmässig bewiesen zu werden; es folgt aus den oben angeführten Gründen. Dass die Quellen der früheren Zeit über die Frage nichts Direktes sagen, spricht lediglich für unsere Auslegung.

Und schliesslich ist auch Kuntzes Bemerkung zu D. 37. 6. 1. 9 nicht zutreffend. Pomponius lässt bei der durch *recta cautio* vorzunehmenden Collation neben der Bürgenstellung auch Pfandbestellung zu. Kuntze[2]) knüpft hieran bei der Beleuchtung der literarischen Position des Pomponius die Bemerkung: „Eine wichtige Ansicht, weil aus ihr zu erkennen ist, dass die Pfandbestellung nun allgemein im Verkehr durchgedrungen war". Diese Meinung geht anscheinend davon aus, dass in früherer Zeit allein deswegen nur durch *satisdatio* caviert wurde, weil die *pigneratio* noch nicht verkehrsüblich, noch nicht eingebürgert war. Das ist irrtümlich. In der Anmerkung 10 stellt Kuntze selbst die 46. 5. 7 in Gegensatz zu jenem Fragment. Sie ist unvereinbar mit seiner Meinung. — Hier sagt Ulpian:

Praetoriae satisdationes personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur.

Nach Kuntzes Gedankengang müsste danach zu Ulpians Zeiten die *pigneratio* wieder mehr aus dem Verkehr gekommen

---

[1]) Vgl. D. 2. 14. 4 pr. (Paul.): Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit. Ferner 20. 2. 4 pr. (Nerat.) quasi id tacite convenerit.

[2]) a. a. O. S. 5.

sein. Der Grund für beide Rechtssätze, die auch beide von Ulpian vertreten werden (cf. 37. 6. 1. 9 am Ende) und sich gar nicht widersprechen, ist natürlich in dem der Realsicherheit bis in die jüngste Zeit hinein anhaftenden Minderwert gegenüber der Personalsicherung zu suchen. Mit der Häufigkeit oder Verkehrsüblichkeit hat dieser Umstand nichts zu tun. In der oben citierten Stelle kommt das Motiv der Ablehnung von Realsicherheit auch zum Ausdruck. Wir sehen, dass noch zur Zeit Ulpians, wo auch Kuntze an der Häufigkeit der Pfandbestellung nicht zweifelt, die strengere prätorische Sicherheit nach den klaren Worten der l. 7 nur in der Form der Personalsicherheit geleistet werden kann. Alle Realsicherheiten werden ausdrücklich abgelehnt. Hingegen die rein private *collatio* kann auch realiter erfolgen.

Dass andererseits *satisdatio* und *pigneratio* schon von alters her Supplemente waren und in Antagonismus zu einander standen, lehren die Catonischen Formeln mit ihrer Alternative: Entweder Bürge oder Pfand[1]). Die *satisdatio* ist hier so gut wie die *solutio:*

> Donicum solutum erit aut ita sadisdatum erit, . . . pigneri sunto.

Ganz ebenso bei Labeo D. 20. 6. 14:

> pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset.

Ebenso bei Celsus: 10. 2. 18. 4; bei Julian: 41. 5. 2 pr. (von einem *pignus praetorium*); bei Ulpian: 20. 6. 6 pr., und noch bei Marcian: 20. 1. 13. 4. Dies war also von Anfang an bis zuletzt eine Eigentümlichkeit des römischen Rechts.

Aus demselben Grunde sind Kuntzes Schlüsse[2]) aus dem Fehlen der *pigneratio* im *Senatusconsultum Vellaeanum*, verfehlt. Kuntze schliesst daraus einfach, dass die Verpfändung durch *pignus conventum* (!) nicht „älteren republikanischen Ursprungs sein könne, und Pomponius (16. 1. 32. 1) muss auch dazu herhalten[3]). Herzen (191) ist offenbar durch Kuntze, ohne dass

---

[1]) Cato de reb. rust. cap. 146—150.

[2]) Kuntze I 28 unter 4. Vgl. den Wortlaut des Sc. in 16. 1. 2. 1.

[3]) Kuntze hatte wohl die Bemerkung Voigts (264 Anm. 64) im Auge.

er sich zwar auf ihn beruft, irre geführt. Denn auch jener Autor erklärt das Fehlen der Pfandbestellung im Senatsbeschluss so: „*Ce silence est assez naturel; le sénatus-consulte a visé le cas le plus fréquent . . Le cas d'hypothèque (!) devait être rare encore . . .*“

Das *Senatusconsult* schweigt aber, was Herzen genau so wie Kuntze übersieht, doch nicht nur von der Hypothek, sondern vom Pfand überhaupt. Wer aus dem Fehlen jeder Erwähnung des Pfandes unter den Intercessionsarten einen Schluss auf die Seltenheit der Hypothek zieht, macht sich mindestens die Beweisführung sehr leicht.

Das *Vellaeanum* selbst wollte die Frauen naheliegender Weise zunächst nur von jeder rein persönlichen Intercession fern halten, weil diese — daher eben ihre grössere Beliebtheit — strengere Wirkungen hatte als das Einwerfen eines Vermögensstückes für eine fremde Schuld. Später erfuhr das Gesetz eine extensive Interpretation[1]), aber nicht weil die Pfandbestellungen sich häuften und bekannter wurden (dass sie schon viel früher häufig und praktisch waren, lehrt die schon oben S. 69 erwähnte 46. 3. 97), sondern weil der Schutz der Frauen, allgemeiner Tendenz entsprechend, auch hier erweitert werden sollte.

Wenn dem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprechend der rechtliche Verkehr Rechtsinstitute erst selbst erzeugt hat, wie in Rom das zunächst lediglich in einem Retentionsrecht bestehende *pignus*, so glaube ich nicht mehr an die Seltenheit von deren Verwendung. Was not tut und daher besorgt wird, wird dann nicht ängstlich aufgehoben, sondern gebraucht. Dieser logische Kreislauf dürfte bei der Rechtsentwicklung auch die Regel bilden.

So zieht nicht etwa Pomponius in 37. 6. 1. 9 das *pignus* aus seinem theoretischen Dasein erst ans Licht des Verkehrs, sondern die Pfandbestellung war schon längst „allgemein im Verkehr durchgedrungen“. Das erfahren wir schon von Labeo nach 42. 8. 6. 6.

Totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora emptionesque.

[1]) Cf. D. (16. 1) 8 pr. und 32. 1.

Hier werden unter den für die Ausdehnung des *edictum fraudatorium* (l. 1 eod. tit.) in erster Linie in Betracht kommenden Rechtsgeschäften Pfand und Kauf genannt.

In demselben Sinne äussert sich Labeo in D. 2. 13. 6. 3, wo Pfand und Auftrag eine Ausnahmestellung gegenüber den anderen Verkehrsgeschäften hinsichtlich des Geschäftsbetriebes der *argentarii* erhalten.

Müssen also hiernach nicht schon zur Zeit Labeos Pfandbestellungen so häufig und verkehrsüblich gewesen sein, dass sie deswegen hier unter den anderen Geschäften des täglichen Lebens aufgezählt werden?

Die vorhin erwähnte 46. 3. 97 deutet mit dem „veteres“ sogar auf noch frühere Zeiten, in denen das *sub hypotheca vel pignore contrahere* danach längst etwas ganz Praktisches gewesen sein muss. Im übrigen finden sich aus der Zeit der Republik in den Digesten, wie sich oben zeigte, nur zwei einzelne Fragmente pfandrechtlichen Inhalts. Von diesen können wir, wie bereits oben geltend gemacht wurde, nicht verlangen, dass sie uns über alles referieren, was das republikanische Pfandrecht enthielt. Aber wenn Ulpian nach D. 47. 10. 15 uns aus der früheren Literatur Anwendungsfälle der *actio iniuriarum* mitteilt und dabei auch (§ 32) über einen von Servius angeführten Fall berichtet, wo jemand, um einen anderen in schlechten Ruf zu bringen, den öffentlichen Verkauf eines Pfandes, das letzterer angeblich habe geben müssen, fingiert und daher der *actio iniuriarum* ausgesetzt sei, so scheint auch hierdurch die Annahme gerechtfertigt zu werden, dass Servius diesen Fall, wenn er nicht durch die damals schon bestehende Verkehrsüblichkeit der Pfandbestellung als Grundlage einer Beleidigung nahe gelegen, nicht konstruiert hätte. Vgl. auch Alfenus nach 12. 6. 36.

So wenig Wert wir terminologisch den nicht juristischen Werken aus der Zeit der Republik beilegen mochten, so scheint doch der Schluss aus ihnen nicht künstlich zu sein, dass das Pfandgeschäft schon ein Geschäft des täglichen Lebens gewesen sein musste, wenn es insbesondere von Plautus und Terenz öfters erwähnt wird[1]). Diese Autoren mussten dabei die all-

[1]) Vgl. oben S. 8 ff.

gemeine Vertrautheit der Römer mit dem Begriff des Pfandes voraussetzen, besonders wenn sie das Wort *pignus* auch im übertragenen Sinne anwandten. Dieser Begriff konnte sich aber nur durch den Verkehr und durch tatsächliche Handhabung gebildet haben. Die Schöpfung des Pfandinstituts konnte nur im Gefolge andauernder Übung entstehen.

In all dieser Hinsicht können wir dem Pomponius keine reformatorische Rolle zusprechen, so dass mit ihm etwa eine neue Epoche in der Geschichte des Pfandrechts anginge. Er steht auf den Schultern früherer Autoren und wird nur durch den äusseren Umstand in den Vordergrund gerückt, dass er in den Digesten reichlicher excerpiert ist und von späteren Juristen öfter citiert wird als ältere. Hierfür fehlt es aber nicht an anderen Gründen. Der Schwerpunkt der geschichtlichen Entfaltung des Pfandrechts rückt auch mit dieser Feststellung in frühere Epochen.

Das Wort *hypotheca*, dessen Auftreten wir weiter zu verfolgen haben, findet sich in D. 21. 2. 59 von Pomponius (Lenel 331); und einmal treffen wir die *actio „hypothecaria“* in 44. 4. 4. 30 (Lenel 163). Wir haben indessen alle Veranlassung, den jenes Wort enthaltenden Zusatz in dem ersten Fragment: *vel quodam casu hypothecas habet* für interpoliert zu halten [1]), nicht weil das Wort bei Pomponius sonst nicht gebraucht wird. Wir werden sogar bei jüngeren Juristen immer noch dieselbe Abneigung gegen das fremdländische Wort antreffen, wenn sie es auch vereinzelt gebrauchen. Bei Julian trafen wir das Wort auch nur einmal, ohne dass dort der Verdacht einer Interpolation am Platze war. Aber in l. 59 liegt eine Reihe von anderen Verdachtsgründen vor. Vor allem vermögen wir inhaltlich den Zusatz mit dem vorhergehenden Gedanken juristisch auf keine Weise zu vereinigen. Er kann nur in der Eile und unüberlegt, ja gedankenlos gemacht worden sein. Es heisst vorher: Wenn ich vom Titius eine diesem nicht gehörende Sache gekauft und sie dann einem anderen legiert habe, so kann der Legatar im Falle der Eviktion die Streitverkündung an jenen Verkäufer

[1]) Lenel II 79 Anm. 8. Übrigens ist dieser Zusatz von dem vorhergehenden Satz durch einen Punkt getrennt, der bei Lenel fehlt.

der Sache nicht ohne weiteres wirksam vornehmen, vielmehr nur dann, wenn ihm die Ansprüche des Käufers (vom Erben) abgetreten sind. Und nun folgt der obige Zusatz. — Einmal befremdet überhaupt für die Zeit des Pomponius die Sicherung des Eviktionsanspruches durch eine Hypothek[1]). Dann aber ist die Erheblichkeit einer solchen Hypothek in der im Fragment in Anspruch genommenen Richtung auf den dritten unverständlich und durch nichts zu erklären. Man könnte annehmen, dass dem Legatar vom Erblasser Hypotheken bestellt sind. Diese Hypotheken zur Sicherung des Legatars könnten keinen rechtlichen Nexus zwischen dem letzteren und dem Verkäufer erzeugen. Die Klagecession kann durch Hypothekenbestellung hierbei nicht ersetzt werden. Auch wenn man annähme, dass die in Rede stehenden Hypotheken „*quodam casu*", das könnte nur heissen: aus irgend einem anderen Rechtsgrunde, dem Legatar vom Verkäufer der Sache bestellt wären, so ergibt sich kein Sinn. Ebensowenig, wenn der Erbe die Hypotheken bestellte. — Nicht unwesentlich ist in dem Fragment auch das plötzliche Verlassen des hypothetischen Modus. Hieran kann nicht Pomponius selbst schuld sein. Um so weniger dürfen wir das Fragment bis zu dem kritischen Schlussatz *ex Plautio* verstehen und den Zusatz dem Pomponius in den Mund legen. Letzterer hat sich auch grade mit dem im Vorsatz behandelten Stoff beschäftigt, wie die zahlreichen von ihm stammenden anderen Fragmente dieses Digestentitels bezeugen, die auch *ad Sabinum* geschrieben sind. So ist die Annahme einer Interpolation hier zwingend, und der Fall ein typischer[2]).

In 44. 4. 4. 30 gibt Ulpian die Ansicht des Pomponius offenbar wörtlich wieder. Den Zusatz „*vel hypothecaria*" müssen wir auch dem letzteren zuschreiben, da zwingende Gründe zur Annahme einer Interpolation fehlen. Es ist m. E. überhaupt nicht gerechtfertigt, die dem neueren Sprachgebrauch entstammenden Zusätze *pignus* „*vel hypotheca*" und *Serviana* „*vel hypothecaria*" um ihrer selbst willen für interpoliert anzusehen.

---

[1]) Wir kennen nur Stipulationen und allenfalls Bürgschaften, cf. Pomponius z. B. in ll. 16. 20 eod. tit. Einen Anwendungsfall obiger Sicherung fanden wir nur einmal in C. 8. 34. 2 (Dioklet.).

[2]) Vgl. Gradenwitz a. a. O., insbesond. 29 Kategorie b).

Wären sie es, so bliebe unerklärt, warum diese Zusätze grade bei den jüngeren Klassikern, und zwar in fast stetig steigender Ziffer gemacht worden sind. Diese nur historisch zu erklärende Tatsache widerspricht gradezu der Annahme einer Interpolation, die doch mit grösserer Willkürlichkeit und auch bei älteren Juristen vorgenommen worden wäre. Dass die Kompilatoren überhaupt eine besondere Vorliebe für das Wort „*hypotheca*" gehabt hätten, scheint auch dadurch widerlegt zu werden, dass sie da, wo sie sicher interpoliert haben, fast niemals „*hypotheca*" setzten, sondern „*pignus*", nämlich dort, wo sie dem Worte „*fiducia*" begegneten. Die Stellen sind so bekannt, dass sie hier nicht aufgezählt zu werden brauchen.

Beide Benennungen, *Serviana* und *hypothecaria*, finden sich neben einander auch bei Gaius (16. 1. 13. 1), Paulus (10. 2. 29) und Ulpian (10. 4. 3. 3), die aber an anderen Stellen auch bloss von der *actio hypothecaria* sprechen (cf. 20. 4. 11. 4, 30. 57).

Inhaltlich interessieren uns für unseren Zweck auch die Äusserungen des Pomponius über das *pactum de pignore distrahendo*. Dass Pomponius die Verkaufsabrede nicht mehr für notwendig ansah, sondern nur im entgegengesetzten Falle als Ausnahme des bereits gesetzlichen Prinzips ein *pactum de non vendendo*, ergab D. 13. 7. 5. In l. 8 eod. tit. spricht Pomponius noch ausführlicher vom positiven *pactum de vendendo*[1]). Von der hierfür bereits gegebenen Erklärung abgesehen, erfahren wir aus letzterer Stelle noch andere Gründe, weswegen der Gebrauch des *pactum d. v.* auch nach Entstehung des gesetzlichen Prinzips immer noch sogar von praktischer Bedeutung war. Wollten nämlich die Parteien die Verkaufsbefugnis noch an gewisse weitere Bedingungen knüpfen, wollten sie besondere Abreden hinsichtlich des Umfanges der Erlösverwertung oder hinsichtlich einer quantitativen Beschränkung des Verkaufrechts

[1]) Es ändert nichts daran, wenn wir (vgl. unten Text) nach Rudorff infolge des im § 3 zurückgebliebenen „eam" in dieser lex *pignus* für *fiducia* interpoliert ansehen. Das pignus war für die Ausgestaltung der fiducia vorbildlich. Ein Beweis hierfür scheint mir Paul. sent. II 13. 3 zu sein, deren erster Satz sinnlos wäre, wenn er nicht das Recht des pignus widerspiegelte.

oder wegen einer Befristung des Verkaufsrechts machen, so konnte dies immer nur bei Gelegenheit eines *pactum d. v.* und durch ein solches verabredet werden, da die *lex dispositiva* hier versagte. So berichtet l. 8 § 3 eod. tit. über ein solches *pactum* bei der Pfandsicherung einer drei Jahre lang alljährlich fällig werdenden laufenden Forderung:

> ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret.

Es könnte die Bedingung aber auch so festgesetzt werden:

> si qua pecunia sua die soluta non erit.

Im ersten Fall durfte erst nach Eintritt der Fälligkeit aller Raten, im letzteren Falle schon wegen der einzelnen Rate verkauft werden. Eine weitere Qualifizierung des *ius vendendi* machte also bis in die jüngste Zeit ein *pactum d. v.* nötig. Nach § 4 l. c. könnte im *pactum* ferner z. B. auch die an sich eintretende Vererblichkeit des Verkaufsrechts ausgeschlossen werden.

So spricht Gaius 20. 6. 7. 3 von einer *conventio de parte pro indiviso alienanda*, durch welche das Verkaufsrecht (nicht das Pfandrecht) des Gläubigers auf einen ideellen Wertteil der Sache beschränkt wird, eine Modification, die bisher noch nicht beachtet worden zu sein scheint. — Und Scaevola berichtet D. 46. 1. 63 von einem *pactum: ut . . . intra certum tempus (pignus) liceret ei vendere,* wobei also die Ausübung des Verkaufsrechts an eine Frist gebunden wird.

In diesem Sinne verordnet Justinian allgemein in C. 8. 33. 3. 1:

> si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus . . . conventum est . . .

Lenel[1]) nimmt übrigens an, dass das ganze uns pfandrechtlich sehr interessierende 35. Buch des Pomponius *ad Sabinum* von der *fiducia* gehandelt hätte. Als Grund führt er das bekannte *„eam"* in 13. 7. 8. 3 an[2]). Das scheint mir doch nicht ausreichend[3]).

---

[1]) a. a. O. II 146 Anm. 2 ff.

[2]) Das eam kann m. E. nur auf ein getilgtes fiduciam bezogen werden. In Marcell. libr. sing. resp. D. 13. 7. 34 findet sich dieselbe Erscheinung. Die von Haloander empfohlene Ergänzung von rem ist unwahrscheinlich; denn wozu dann noch das Demonstrativum? rem allein hätte genügt und wäre auch stehen gelassen worden; fiducia steht ferner oft für res fiduciaria.

[3]) Gradenwitz S. 120 scheint Lenels Auffassung auch nicht zu teilen,

Wenn auch lex 8 (wegen des *eam* in § 3 und des *pignoris causa acceperim* in pr.) von der *fiducia* gehandelt haben möge [1]), so sind wir deswegen noch nicht zu der Annahme gezwungen, dass der übrige Gegenstand des Buchs auch derselbe gewesen und überall *pignus* interpoliert sei. Wie sehr würden wir mit derselben Hypothese, wenn sie dort überhaupt angängig wäre, z. B. bei Paul. sent. 2. 13 irren, wo in der Hauptsache von der *fiducia* die Rede ist und in §§ 4 und 8 unvermittelt auf *pignus* übergesprungen wird. Kann nicht ferner auch wie hier in § 4 im Original der anderen klassischen Schriften öfters *pignus vel fiducia* gestanden haben, so dass die Kompilatoren bloss *pignus* stehen liessen, um die leidige *fiducia* verschwinden zu lassen? Die Möglichkeit ist nicht von der Hand zu weisen. Dann dürfen wir aber auch den Inhalt dieser interpolierten Stellen nicht ohne weiteres nur auf die *fiducia* beziehen, zumal da diese bis auf ihre untilgbaren Eigentümlichkeiten ganz nach dem *pignus* zugeschnitten wurde.

Für das 35. Buch des Pomponius sind wir aber nicht nur auf die Erwägung solcher Möglichkeiten angewiesen. Zwei Fragmente, deren Inscription sie auch hierher domiciliert, handeln nämlich überhaupt nicht von Pfandrecht, geschweige denn von der *fiducia:* D. 18. 3. 2 (Lenel 797) und 50. 16. 181 (Lenel 802). Und eine dritte (20. 4. 4, Lenel fr. 800) handelt unbestreitbar von der Hypothek [2]).

da er sagt, das 35 Buch hätte „vielfach" von der fiducia gehandelt. S. 22 nimmt er in 13. 7. 6 aber auch die fiducia als Gegenstand an.

[1]) Das pignoris causa acceperim vermag ich aber auch an dieser Stelle nicht als interpoliert anzusehen. Es sei hier gegenüber Gradenwitz (Sav.Z. 7 S. 46 ff.) auf die bereits von Oertmann, fiducia 120 ff. erhobenen Einwände hingewiesen. Die terminologischen Bedenken gegen Annahme der Interpolation sind bereits oben allgemein ausgesprochen worden. Zu D. 23. 3. 50. 1 wird bei African das Nötige bemerkt werden.

[2]) Bei diesem Fragment hat auch Oertmann S. 33 Bedenken gegen die Annahme einer Interpolation. — Wie übrigens eine mehrfache successive Verpfändung derselben Sache durch fiducia unmöglich war, weshalb jenes Fragment von dieser nicht handeln konnte, so war sie m. E. auch als Faustpfand unmöglich (a. M. Oertmann), denselben Verpfänder natürlich vorausgesetzt. Ein creditor konnte ein Faustpfand haben, ein zweiter eine Hypothek an derselben Sache. Wir finden aber keine Stelle, die uns sagt, dass zwei einander im wahren Sinne nachstehende Faustpfänder an derselben Sache wirksam bestellt

Wir müssen der Kritik jener beiden Stellen näher treten. Das erste Fragment spricht von der *lex commissoria* bei einem gewöhnlichen Kauf. Der *venditor* ist kein *creditor*[1]); und es scheint jedes Band zwischen 13. 7. 6 pr. und 18. 3. 2, die Lenel als ein Fragment vereinigt, zu fehlen. Der Pfandgläubiger schloss niemals eine solche Abrede ab, wie sie in 18. 3. 2 vorliegt[2]), denn er behielt seine Forderung so lange, bis er den Erlös empfangen, weswegen wir andererseits auch niemals von einer Creditierung des Pfanderlöses seitens des Gläubigerverkäufers hören. Das widersprach von jeher dem Zweck dieses Verkaufs. Die Compilatoren haben dieses Fragment daher mit vollem Recht an seine Stelle gebracht, und nicht etwa in das 20. Buch der Digesten[3]).

Der Versuch Lenels, die zweite Stelle (50. 16. 181) dem von ihm angenommenen Gegenstande anzupassen, erscheint ebenfalls nicht ungezwungen und seine Begründung überzeugt nicht[4]). Lenel bringt dieses Fragment unmittelbar mit 13. 7. 8. 4 (vorausgestelltes fr. 799) in Beziehung. Hier rät Pomponius, das *pactum de vendendo* möglichst *„in rem“* zu fassen, d. h. ohne Nennung einer bestimmten verkaufsberechtigten Person, damit das Recht an der Sache hafte und „allen“ zugute komme. Dabei ist offenbar wie in D. 20. 3. 3 (Aristo) besonders an den Fall einer hypothekarischen Cession gedacht, bei der die Frage entsteht, ob der Successor mit der Hypothek und deren Rang auch das

---

werden könnten. Dass das von Oertmann angezogene Prinzip vom ausgeschlossenen condominium plurium in solidum genau so für den Besitz gilt, sagt uns Paulus (41. 2. 3. 5: plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Vgl. den Grund am Schluss.).

1) Vgl. z. B. die Ausdrucksweise in D. 20. 5.

2) Die in diem addictio kam hingegen nach Marcellus 18. 2. 4. 3 (Ulp.) auch beim Pfandverkauf vor, weswegen das Citat in diesem Zusammenhange in 20. 6. 3 wiedererscheint. Diese Abrede ist ersichtlich auch im Interesse des Gläubigers, dessen Forderung durch den ersten Verkauf noch nicht ganz gedeckt sein kann.

3) Wo wir tit. 6. 3 nur die addictio in diem aus 18. 2. 4. 3 wiederfinden.

4) Lenel II 148 Anm. 4: Scripserat I. C. tus — fr. 799 § 4 — in rem esse concipiendam de vendenda fiducia pactionem: qua occasione facile potuit attingi haec clausula 'ad quem ea res pertinet' pleniusque disseri de verbo 'pertinere' . . .

damit *ex pacto* verbundene Verkaufsrecht des *prior creditor* erwirbt. Pomponius vertritt andrerseits die Anschauung, dass, wenn die *persona* des Verkaufsberechtigten genannt ist, nur dieser und seine Universalsuccessoren berechtigt sind. Zu diesem ganzen Gedankengang würde der von Lenel als Bindeglied zu 50. 16. 181 vorgeschlagene Satz nicht passen. In letzterer nämlich wird das Wort *pertinere* und die vielen mit demselben getroffenen Beziehungen von Rechtssubjekten zu Objekten erläutert. In 13. 7. 8. 4 ist aber gar nicht fraglich, auf welche Personen sich die *res*, *in quam pactio concipienda est*, beziehen könnte. Am allerwenigsten könnten es aber die bei der Erläuterung von *pertinere* angegebenen sein. Als Verkaufsberechtigte kommen immer nur die Pfandgläubiger der betreffenden Forderung, ursprüngliche oder succedierte, in Betracht. Das „*omnes*" bedurfte hier keiner weiteren Erläuterung, jedenfalls nicht der von Lenel angenommenen, in seinem fr. 802 fortgesetzten. Die Kluft ist nicht zu überwinden.

So werden wir uns dazu verstehen müssen, an einen umfassenderen Inhalt des 35. Buchs von Pomponius zu glauben. Damit verlieren wir aber m. E. alle Befugnis, jedes *pignus* dieses Buchs in *fiducia* umzuwandeln.

So sehr die scharfsinnig aufgestellten Prinzipien von Gradenwitz zur Anerkennung zwingen, vermag ich doch die schon oben berührte l. 6 pr. h. t. (Pomp. fr. 797) nicht als Beispiel für die radicale Methode Tribonians anzusehen. Jener Schriftsteller sieht die Stelle von *melius autem* ab als interpoliert an[1], weil die Entscheidung nicht wissenschaftlich begründet und die Durchführung unjuristisch sei. Seinen Gründen möchte ich folgendes entgegenhalten. Es wird nicht vom *fundus* „plötzlich auf die *res mobilis* übergesprungen". Einmal liegt der vermittelnde Gedanke schon in dem zwischenliegenden Citat von Atilicinus, das vom Pfande im allgemeinen spricht. In diesem allgemeinen Sinne fährt der folgende Satz (*melius* . .) zunächst auch fort. Erst hinsichtlich der Verpflichtung zur Sicherstellung wird die *res mobilis* eingeführt. Der Satz: *si mobilis sit* muss allerdings, wenn man den Sinn nicht verdrehen will, natürlich

[1] Gradenwitz, Interpol. S. 22 f. Vgl. auch Lenel II 147.

auf das folgende, nicht auf die vorausgegangene *necessitas* bezogen werden. Auf diese einfache Weise gewinnen wir folgenden an Einheitlichkeit und Logik nichts zu wünschen übrig lassenden Gedankengang des Fragments: Pomponius: Das *pactum de vendendo* ist stets im Interesse des Gläubigers abgeschlossen; daher erzeugt es für ihn selbst dann keine Verkaufspflicht, wenn der Schuldner insolvent ist. Atilicinus war anderer Meinung: Bei triftigem Grunde müsse der Gläubiger zum Verkaufe auch gezwungen werden können, insbesondere z. B. wenn heute ein höherer Preis und daher im Interesse des Schuldners auch ein grösseres *superfluum* erzielt werden könnte, zumal wenn die Schuld verhältnismässig klein war. — Nun fährt Pomponius sichtlich im Sinne des zuerst Vorausgeschickten fort: *invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.* (Ich nehme den Schlussatz voraus, weil er die logische Basis des Ganzen ist) d. h. Pomponius hält es in jedem Falle für ungerecht, hier irgend einen Zwang auf den Gläubiger auszuüben und schlägt mit dem: *melius autem dici* . . . . einen anderen, dem Interesse des Schuldners in solchem Falle dienenden, den Gläubiger nicht verletzenden Ausweg vor. Der Schuldner könne, um eine günstige Constellation nicht unbenutzt zu lassen, selbst verkaufen und aus dem Erlös den Gläubiger befriedigen. Letzterer wäre dann aber verpflichtet, diesen Verkauf durch Vorweisen der Pfandsache zu unterstützen. Wäre dies eine Mobilie (d. h. wäre das *ostendere* also faktisch und praktisch ein *exhibere*), so müsste er für jeden Fall eines durch die Hingabe entstandenen Schadens gesichert werden.

So liegt auch nicht der geringste Widerspruch zu Paul. sent. 2. 13. 3 vor, davon abgesehen, dass Pomponius m. E. in l. 6 vom *pignus* spricht.

Bei dieser Sachlage treten die sprachlichen Bedenken in den Hintergrund. Das viel umstrittene „*inhumanum est*" des Schlusssatzes braucht wohl nicht so sehr aufzufallen, weil sich auch bei Scaevola in D. 32. 39 pr. diese Wendung findet. Wir brauchen sie hier mangels selbständiger zwingender Gründe nicht als interpoliert anzusehen [1]) und auch bei Pomponius nicht,

[1]) A. M. Gradenwitz 23. — Lenel (Scäv. fr. 82) sieht die Wendung gleich uns nicht als interpoliert an.

da die hier in Betracht kommende Bedeutung[1]) des *satis* (= *valde*) zu allgemein ist, um bei Pomponius zur Annahme einer Interpolation zu zwingen[2]).

§ 15.

Von Africanus sind in den Digesten bedeutend weniger pfandrechtliche Fragmente vorhanden, als von den beiden zuletzt besprochenen Juristen. Wir fanden bei Lenel nur folgende 11 Fragmente: 24 § 1, 48 § 13, 72 pr., 81 § 5, 85, 87, 95[3], 101 § 1, 108, 110 §§ 1. 3. 5. 8, 111 § 1.

Sie entstammen sämtlich den Quästionen, sind daher, wie schon oben bemerkt, mindestens in starker Anlehnung an Julian entstanden. Citiert ist von späteren Juristen überhaupt nicht eine einzige Stelle der Quästionen. Von den insgesamt neun Citaten Africans beruft sich jedenfalls keins auf die Quästionen[3]).

Durch ihren Umfang und ihre Stellung im 20. Buch der Digesten fällt dort im Titel 4 die l. 9 auf, deren Urheber jedoch zweifellos Julian ist. Denn African wird von sich selbst pr. nicht sagen: *consultus respondit*[4]), dem im § 1 ein *putabat*, und im § 2 ein *existimavit* folgt. Tribonian hatte jedenfalls mehr zu tun, als bei der Ausschreibung der Quästionen Africans etwa durch immerwährende Einfügung solcher

---

[1]) Kalb, Roms Jur. 64, 95 f.

[2]) Vgl. Wölfflin, Sav.Zeitschr. 9 S. 3 f. und Gradenwitz ebendort S. 101 f.

[3]) Die dies betreffende Bemerkung von Karlowa I 713 ist trotz ihrer Einschränkung daher nicht richtig. Africanus wird im ganzen von Paulus 3 mal, von Papinian 1 mal und in den wenigen übrigbleibenden Citaten von Ulpian citiert. Jedenfalls kann man mit diesem Umstand wohl nicht beweisen, dass African „ein bedeutendes Ansehen als Jurist genoss".

[4]) Vgl. Krüger S. 177 A. 126. Karlowa I 713, der im Resultat auch dieser insbesondere von Cuiacius und Mommsen vertretenen Auffassung ist, hat unbegründete Bedenken. Eine „Zusammenstellung" Julianscher Entscheidungen braucht African in seinen Quästionen noch nicht beabsichtigt zu haben, wenn er seinen Meister auch reichlich excerpiert. Und dass er in der Angabe des Ursprungs nicht genauer ist, hat er mit den meisten römischen Schriftstellern gemein. Viel genug, dass er sich des: ait, respondit, putat u. a. bedient, das wir auf den in der inscriptio genannten Autor immer erst dann beziehen können, wenn wir eine Interpolation annehmen und erweisen. Dies ist aber wohl nicht das „Nächstliegende". Siehe auch den Text.

Worte die selbstredende Beziehung auf African lebendig zu erhalten. Es ist am Platze, hier auch einmal lobend hervorzuheben, dass die Kompilatoren diese Zeichen einer ebenso lobenswerten Eigenart Africans, Citate als solche erkennen zu lassen, nicht ausgelöscht haben, so leicht dies bei dem einen Wörtchen doch gewesen wäre, und so sehr dies ihrer ihnen im übrigen vorgeworfenen Gewohnheit entsprochen hätte.

Das Fragment interessiert durch seinen Inhalt. Die drei ersten Paragraphen hängen inhaltlich zusammen. Welche Rangordnung tritt ein, wenn an der Pfandsache zunächst eine Hypothek für eine noch nicht fällige Mietsforderung oder eine Hypothek für eine bedingte Forderung bestellt war und vor der Fälligkeit eine abermalige Verpfändung der Sache erfolgt? Entscheidung: Der Rang ist durch den Vertragszeitpunkt, nicht durch die Fälligkeit der Forderung bestimmt. Es muss uns auch die im pr. gegebene treffende Begründung sehr zusagen:

> quoniam iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset.

Das im pr. hervortretende Einfügen der selbstverständlichen Pfandbedingung: *donec mercedes solverentur* konnten wir bereits bei Catos Illatenhypotheken beobachten. Wir haben danach hinter *pactus est* auch hier wieder die Formel der Verpfändung vor uns; denn African oder Julian brauchten die Bedingung von ihrem eignen Standpunkt aus nicht zu stellen. Es tritt hier bei Wiedergabe des Vertragsinhalts auch wieder die oben fixierte Terminologie hinsichtlich des *pignori esse* deutlich zutage; im Gegensatz zu dieser Verbindung sagt der Jurist im folgenden von derselben Pfandsache und derselben Geschäftsart[1]: *pignori dedit.*

Im § 3, in dem anscheinend kein Citat vorliegt, wird der Fall der nachstehenden Hypothek nach einer anderen Seite hin untersucht, die uns erst später interessieren wird.

Dass in 23. 3. 50. 1 (fr. 101) *pignus* für *fiducia* interpoliert sei[2], ist nicht einleuchtend. Die gewöhnliche Ausdrucksweise

---

[1]) Es kann sich trotz des dedit auch wieder nur um eine Hypothek handeln, da der secundus creditor als „petens" auftritt, und es sich dem gegenüber in der Stelle nur um den Schutz des locator handelt.

[2]) So Gradenwitz, Sav.Z. Bd. 7 S. 46 f. — Cf. Lenel I 29 Anm. 1 ff.; Oertmann S. 40 schliesst sich an. Bezügl. 41. 2. 36 (Jul.) ist hingegen bei

für Verpfänden, bzw. Pfanderhalten, *pignori dare* bzw. *accipere* kann als Grund für die Irregularität des hier auftretenden *pignoris causa tradere* nicht ins Feld geführt werden, da ihr, wie sich gezeigt hat, ein ganzes Heer der mannigfaltigsten Ausdrücke und Verbindungen für denselben Begriff gegenübersteht. Aber auch die anderen von Gradenwitz angeführten Gründe greifen wohl nicht durch. Selbst wenn wir in dem Tatbestand des vorausgehenden Principiums, mit dem § 1 in innerem Zusammenhang steht, eine *mancipatio fundi dotalis* annähmen, würde es m. E. immer gewagt erscheinen, diese Voraussetzung auch für § 1 ohne weiteres in Anspruch zu nehmen. Dazu wären die Unterschiede zwischen beiden Fällen immer noch zu gross. Aber eine *mancipatio* lässt sich auch im ersten Falle nicht einmal vermuten. Mögen wir auch die Grundstücke als Hauptobjekte der *fiducia* ansehen; wir dürfen aber nicht vergessen, dass in allen pfandrechtlichen Stellen, die die Digesten überhaupt aufweisen, die *praedia* und *fundi*, ganz besonders beliebte Pfandbeispiele sind. Mobilien werden nur ganz selten angeführt. Wir könnten mit demselben Recht schliessen, dass es sich im pr. um eine Hypothek oder ein Faustpfand handelt. Und daraus, dass der Ehefrau eine *condictio sine causa* auf Rückgabe des Dotalgrundstücks gewährt wird, kann doch unmöglich auf dessen einstige Übertragung durch Mancipation oder *in iure cessio* geschlossen werden [1]. In den die *condictio sine causa* und die hier auch in Betracht kommende *condictio causa data causa non secuta* behandelnden Titeln finden wir eine so grosse Ausdehnung der Voraussetzungen dieser Klagemittel, dass jener Schluss nicht begründet ist [2].

Africanus gebraucht das Wort *hypotheca* keinmal, was auch auf Julians Sprachgebrauch wieder ein Licht wirft. Wir sehen das Institut des Vertragspfandes schon längst in voller Blüte, ohne dass von einer Einbürgerung der griechischen Be-

---

letzterem Autor vorher (S. 29) auffallender Weise die Annahme einer Interpolation abgelehnt.

[1]) Der Fall z. B. von 20. 4. 9. 3 mit dem einfachen in dotem aestimatum dare liegt näher. Ebenso vgl. auch 23. 3. 59. 2.

[2]) Vgl. z. B. 12. 7. 5, wo die condictio pecuniae in dotem datae in Betracht kommt.

zeichnung dafür die Rede sein kann. Auch hierin zeigt sich wohl, dass die Römer in ihrem Vertragspfand nicht von Anfang an die griechische Hypothek erblickten, sondern dass jene nationalen Ursprung hatte. Man griff vereinzelt nur in vorgerückter Zeit zu dem vom *pignus* unterscheidenden griechischen Wort, zumal das dadurch bezeichnete griechische Institut die Entwicklung des römischen Vertragspfandes gewiss, wenn auch nur in der bereits angedeuteten Weise [1]), beeinflusst hatte.

Von Maecian findet sich eine pfandrechtliche Stelle in D. 36. 1. 75. pr.

Gaius zeichnet sich durch seine pfandrechtliche Monographie *„de formula hypothecaria liber singularis"* aus, aus der aber nur fünf allerdings umfangreichere Fragmente in die Digesten, und zwar sämtlich in das 20. Buch übergegangen sind, wenn wir von der lex geminata 22. 4. 4 = 20. 1. 4 absehen. Dass Gaius das Recht der Hypothek im Anschluss an die Klageformel des Albums als erster monographisch darstellt, darf aber nicht zu der Annahme führen, dass er der älteste Jurist sei, von dem wir wissen, dass er sich eingehend mit dem Pfandrecht beschäftigte [2]). Unsere bisherigen Feststellungen widerlegen diese Annahme, zumal wir von Gaius quantitativ durchaus nicht mehr Fragmente überliefert finden als von Julian, der mit 40 vertreten ist; vielmehr sind es weniger, aber umfangreichere:

Bei Lenel fanden wir folgende pfandrechtliche Fragmente dieses Juristen.

1) ad edict. praet. urb. fr.: 17 u. 30.
2) ad. edict. provinc. fr.: 95, 105. 2, 133, 147. 1, 155, 158. 1, 195, 208. pr. u. 1, 209, 210, 211, 212, 229, 238, 272, 285, 332, 361, 367.
3) de form. hyp. fr. 399—403.
4) ad. leg. XII. tab. fr. 444.
5) rer. cottid. 498.

In den Digesten finden sich, wenn nichts übersehen ist, also nur 28 Fragmente, darunter aber eine grössere Anzahl, in denen das Pfandrechtliche nur gestreift und nebensächlich

---

[1]) Vgl. oben S. 59 Anm. 1.

[2]) So Kuntze II 3.

behandelt wird. Einige sind auch nur durch ganz kurze Sätze gebildet.

In den Inst. des Gaius finden sich folgende Stellen: II 59 bis 61, 64, III 200, 201, 204: IV 147[1]).

Wir müssen voraussetzen, dass Gaius sich eingehend auch mit dem Pfandrecht beschäftigt hat. Als Vertreter des Ostens wird es ihm sogar besonders von Interesse gewesen sein. Und doch beobachten wir wieder eine gewisse Spärlichkeit insbesondere in dem uns in den Digesten überlieferten Stoff. Wir wollen hier keine Vermutungen über die möglichen Gründe für diesen Umstand aussprechen. Nur eins ist wieder zu schliessen: Die Mangelhaftigkeit der überlieferten Literatur kann nichts für die mangelhafte Entwicklung des Pfandrechts beweisen. Das Pfandrecht ist zur Zeit des Gaius in der Hauptsache voll entwickelt. Wir dürfen auch hier nur aus dem Inhalt schliessen.

Sprachlich fällt eins vor allem auf: Gaius gebraucht das Wort *hypotheca* so häufig und regelmässig, dass es als ein ihm völlig vertrauter *terminus* erscheint. Und doch finden wir das Wort nur in der Monographie *„de form. hyp.“*, in deren wenigen überlieferten Fragmenten es allein 19 mal vorkommt. In keiner der anderen Schriften bedient er sich dieses Wortes, weder in den Institutionen noch in seinem Werk zum Provinzialedikt, in dem sich relativ viele pfandrechtliche Äusserungen (19) finden. Nur gemäss D. 16. 1. 13. 1 heisst es in lib. 9 ad ed. prov. (Lenel fr. 229) . . . *quasi Serviana* (*quae et hypothecaria vocatur*) . . [2]).

Dass etwa *„de form. hyp.“* erst sehr spät nach den anderen in Betracht kommenden Werken verfasst worden wäre, und sich die Terminologie des Autors inzwischen dermassen verändert hätte, er inzwischen erst Fühlung mit dem griechischen Wesen erhalten und dies seinen Sprachgebrauch dermassen beeinflusst

[1]) IV 26—32 sind nicht erwähnt, da sie nur von der pignoris capio handeln.

[2]) Kuntzes Angabe (II 15), dass Gaius (ebenso wie Marcian) sich mit Vorliebe des griechischen Wortes bediente, ist danach nicht richtig. In allen Schriften ausser der Pfandrechtsmonographie spricht Gaius von pignus, weiss hier den Begriff des Vertragspfandes, wie wir sehen werden, nur in anderer Weise anzudeuten.

hätte, wäre ein Grund, der sich zwar als erster aufdrängt, aber doch gleich von der Hand zu weisen ist. Wüssten wir etwas mehr aus dem Leben dieser rätselhaften Persönlichkeit der Geschichte und Literatur des Römerrechts, so könnten wir jene auffallende Tatsache vielleicht auch sofort erklären. Nach unserer Annahme ist Gaius jedenfalls nicht erst griechisch geworden, sondern immer gewesen. Diesen Gründen soll an dieser Stelle auch nicht weiter nachgegangen werden, zumal bei der Prüfung der Fragmente eins auffällt, womit jene Erscheinung hier begründet werden kann.

Gaius gibt uns bekanntlich in seinem XII-Tafel-Kommentar eine Ableitung und Definition des Wortes *pignus*:

> 50. 16. 238. 2: Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

Fanden wir am Anfang unserer Darstellung auch vor wie nach Gaius einen völlig ungeordneten Gebrauch des Wortes *pignus*, ein völliges Ausserachtlassen der von Gaius hier ausgesprochenen Terminologie, so finden wir dies bei Gaius selbst nicht wieder. Es scheint, als ob er die vielleicht besonders zu pädagogischen Zwecken aufgestellte, in obiger Digestenstelle erhaltene Ableitung und Terminologie auch selbst in seinen Schriften hat durchführen wollen. *Pignus* und *hypotheca* scheinen ihm so verschiedene Begriffe gewesen zu sein, dass er dem letzteren und dem dadurch bezeichneten Institut ein besonderes Werk gewidmet hat, während er ausserhalb seiner Pfandrechtsmonographie meist vom Faustpfand spricht und dort, wo er das Vertragspfand behandelt, dem dennoch gebrauchten Worte *pignus* durch Zusätze eine besondere Färbung verleiht.

So ist in 47. 2. 49 (Lenel fr. 238) von einem Vertragspfande die Rede[1]). Gaius sagt daher wenigstens *res, quae pignoris iure obligata* . . Überhaupt gebraucht Gaius das Wort *obligare* nur

[1]) Sonst gäbe der im Schlusssatze enthaltene Gegensatz keinen Sinn. Gaius will sagen: Wird dem Schuldner einer Forderung das einzige dem Gläubiger zur Befriedigung dienende Objekt gestohlen, so hat letzterer trotz seines Interesses nicht die actio furti; er hat sie hingegen, wenn er an der (beim Schuldner gestohlenen) Sache ein Pfandrecht hat.

von einer Hypothek, niemals vom Faustpfand. Daher finden wir es so häufig in den Stellen des 20. Digestenbuchs aus *de form. hyp.*: *res obligata est* und *hypothecae nomine obligare* in fr. 399, *obligare* und *hypothecae obligata* fr. 400[1]). Hingegen ist ihm das ohne jeden Zusatz oder mit *dare*, *teneri*, *accipere* gebrauchte Wort *pignus* immer das Faustpfand (vgl. fr. 30, 95, 133, 147, 195, 208, 209—212[2]), 229, 272, 332, 367[3]), 498[4]).

Irregularitäten kommen nur selten vor, in 20. 4. 11 (fr. 402) wird *pignus* dreimal mit *hypotheca* vertauscht, in 20. 6. 7 (fr. 403) *pignori dare*, in allen Fällen aber sofort als von der Hypothek handelnd erkennbar. In Inst. IV 147 sagt Gaius von der Illatenhypothek: *rem pignori pangere*, was sich sonst nirgends findet.

Auch das Substantivum *pigneratio* findet sich in den Digesten überhaupt nur einmal, und zwar bei Gaius in fr. 211 (D. 20. 1. 9). Das Wort ist hier anscheinend in umfassender Bedeutung gebraucht. *Pignerare* kommt nur in fr. 7 vor und könnte dem Sinn der Stelle nach auf ein Vertragspfand bezogen werden.

So nimmt Gaius auch in der pfandrechtlichen Literatur eine auffallende Sonderstellung ein. Sein systematischer wie pädagogischer Sinn zwingt ihn zu konsequentem, festen Sprachgebrauch, weshalb er das vieldeutige *pignus* gegen das bezeichnende und unterscheidende Wort *hypotheca* eintauscht. Dass letzteres in Rom nicht völlig unbekannt war, wäre in dieser Zeit der regsten Beziehungen Roms zum Hellenismus als selbstredend anzunehmen, zeigte sich auch schon in dem wenn auch ganz vereinzelten Gebrauch des Wortes bei Julian und Pomponius.

Dass Gaius selbst überhaupt starken Sinn für das Griechische entwickelte, zeigt sich jedenfalls an dem öfteren Heranziehen griechischer termini, die er den römischen gegenüberzustellen

---

1) Dieser Umstand wirft ein helles Licht auf unsere oben angestellte Beobachtung über das Wort obligare, das von Hause aus der Prädiatur vorbehalten war, d. h. einem Pfandinstitut hypothekarischen Charakters.

2) In fr. 212 handelt es sich um Faustpfand, weil dem debitor hier vor der Schuldtilgung der Besitz versagt wird, während er bei einer Hypothek mit der vindicatio auch vorher durchdringen würde.

3) Ich nehme hier Besitzpfand an, da die Stelle dann eine Ergänzung zu fr. 403 ist, wo derselbe Rechtssatz von der hypotheca ausgesprochen wird.

4) Die anderen Stellen lassen nicht deutlich erkennen, ob Besitzpfand vorliegt, blieben daher unberücksichtigt.

liebt, auch in dem Citieren von Homer und Solon. Besonders tritt diese Tendenz in seinem XII-Tafelkommentar hervor[1]).

Dennoch beeinflusst Gaius durch Einführuug des Wortes *hypotheca* kaum den Sprachgebrauch der jüngeren Juristen. Es wird sich zeigen, dass insbesondere Scaevola, Papinian, Paulus und Ulpian dem Worte *hypotheca* noch kritisch gegenüberstehen, und dass sich dies erst mit Marcian wieder völlig ändert. Von einer Reformation des Sprachgebrauchs durch Gaius kann also keine Rede sein. Auch hieran zeigt sich, dass dieser Jurist, der ja auch von späteren nicht citiert wird, ganz abseits des römischen Rechtslebens gestanden haben muss, eine Meinung, die insbesondere von Mommsen vertreten wird[2]).

Das gleiche ist übrigens in den zeitlich parallel laufenden Kaiserconstitutionen des Codex zu beobachten. Aus dem Jahre 209 findet sich ein Gesetz von Severus-Antoninus mit den Worten *creditor hypothecarius*. Von Alexander finden sich aus den Jahren 222—241 fünf Gesetze, in denen *hypotheca* gebraucht ist; von Diocletian und Maximian vier aus der Zeit 290—293, von Leo eins von 472, von Justinian aus der Zeit von 528 bis 531 aber auch nur vier[3]). Dabei fällt in den häufigen Fällen, in denen also *pignus* für das Vertragspfand gebraucht wird, wieder der vorherrschende Gebrauch von *obligare* auf.

Bei Lage der Sache darf man sich auch durch einen anderen Umstand nicht irre führen lassen. Es ist gesagt worden[4]), dass Gaius in seinen Institutionen die Hypothek übergangen und nur einmal im Vorübergehen das *interdictum Salvianum* genannt habe, obwohl jene doch eine Übersicht des geltenden Rechts zu geben bestimmt gewesen. Dies sei nur so recht erklärlich, wenn man annähme, dass zu Gaius' Zeit die Theorie der

---

[1]) Vgl. bei Lenel fr. 174, 245 § 6, 352, 425, 435, 436, 437, 438. Vgl. Gai. Inst. I 64, III 93, 141. Cf. auch Kalb, Roms Juristen 79 über die Gräzismen bei Gaius.

[2]) Mommsen, „Gaius ein Provinzialjurist" in Bekker u. Muthers Jahrb. III (1859) S. 1 ff. Vgl. auch Kalb, Roms Juristen 77 ff., wo die allgemein sprachliche Isolation des Gaius nachgewiesen und letzterer aus sprachlichen Gründen als Grieche erklärt wird.

[3]) Siehe insbesondere C. 4. 24 de act. pign. u. 8. 13 bis 8. 23.

[4]) Kuntze I 29 bei 5.

Hypothek noch sehr jung und im vollen Fluss des ersten Werdens gewesen. — Einmal führt aber Gaius IV 147 den Urfall der Hypothek, die Illatenhypothek des Verpächters und seinen ursprünglichen Klageschutz doch wenigstens an. Wir vermögen im übrigen nicht die Gesichtspunkte genau anzugeben, die Gaius bei der Hineinziehung der einzelnen Materien und Institute in sein Lehrbuch bestimmten. Er hielt durchgehende Vollständigkeit offenbar nicht für ein unbedingtes Erfordernis. Sonst würde er bei der systematischen Darstellung der verschiedenen Obligationen (III 88 ff.) unter den *re* entstehenden auch nicht nur das *mutuum* und die *datio indebiti* (§§ 90, 91) behandeln, im Widerspruch zu der Ausführlichkeit und Vollständigkeit in der folgenden Darstellung der anderen Contrakte und der Delikte. Ferner werden wir in Marcians Institutionen dasselbe beobachten. Schon deswegen darf man jenen Schluss nicht ziehen, ganz abgesehen davon, dass derselbe durch unsere früheren Betrachtungen widerlegt wird.

Dass Gaius seine Monographie *ad formulam hypothecariam* schrieb und nicht, wie es sonst der Gepflogenheit entsprochen, *ad edictum hypothecarium*, und dass Paulus und Marcian denselben Titel wählen mussten, ist nach Wlassak[1]) zweifellos durch die Tatsache zu erklären, dass die *formula hypothecaria* nicht im Edikt proponiert, sondern in unmittelbarerem räumlichen und logischen Anschluss an das *interdictum Salvianum* in dem formularen Abschnitt des prätorischen Album publiziert war, weshalb wir in den Digesten auch vergeblich nach den Ediktsworten dieser prätorischen Klage suchen. Auch wir sehen hierin nur einen Fingerzeig dafür, dass die *actio hypothecaria in rem* daher in einer Zeit entstanden sein muss, wo die Ediktalform dem Prätor noch nicht geläufig war, also jedenfalls vor Cicero[2]).

---

[1]) Wlassak, Edikt u. Klageform S. 132 ff.

[2]) Diese auch bereits von Wlassak a. a. O. S. 135 und dann von Lenel, Ed. perp. 396 vertretene Meinung wird von Herzen 188 ff. nicht widerlegt. Letzterer meint u. a., man könnte das Datum der hypothecaria dann ebenso gut in diejenige Zeit verlegen, in der die Wirksamkeit des Prätors aufhört. Herzen übersieht hierbei, dass wir dann der hypothecaria eine Entstehungszeit anweisen müssten, die sie nach ihrem Erwähntwerden in der Literatur aber unbedingt nicht gehabt haben kann. Wir müssten dann doch erst das zweite Jahrhundert der Kaiserzeit für geeignet halten, was unrichtig wäre.

Die dieser Monographie von Gaius entstammenden Fragmente lassen auch inhaltlich erkennen, dass dem Autor in der Tat die Worte und Voraussetzungen der Klageformel vor Augen standen. Das Wesen des Vertragspfandes kam ja in den Klagebedingungen zum präzisesten Ausdruck[1]). In 20. 1. 4, die wir uns mit Lenel (fr. 399) am Beginn des Buches zu denken haben, wird die Voraussetzung des Vertragsschlusses erörtert (*„convenisse"* der *formula*)[2]). Auch der generelle Schuldgrund fehlt nicht in der Definition:

cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae.

In 20. 1. 15. 1 und in 20. 4. 11. 3 wird die Voraussetzung der im Moment der Pfandbestellung erforderten Zugehörigkeit des Pfandes zum Vermögen des Verpfänders *(eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis . . . fuisse)* erörtert. Gaius bemerkt, dass die Beweislast für diesen Umstand den klagenden Gläubiger träfe, aber nur beim Spezialpfande. Im Anschluss an die damit in Verbindung stehende Frage, ob auch *res futurae* verpfändet werden können, wird das eigentliche Pfandobjekt bei der nachstehenden Hypothek geprüft und deren Vertragsformel angegeben (§ 2). In 20. 3. 2 wird die Ausdehnung der *exceptio S. C. Vellaeani* und *Macedoniani* gegenüber der *hypothecaria* festgestellt. In 20. 4. 11 wird der Einfluss verschiedener der *conventio* innewohnender Bedingungen auf den Pfandanspruch erörtert[3]). Im

---

[1]) Daher baut Bachofen sein „röm. Pfandrecht", das leider unvollendet geblieben ist, nach dem Vorbild von Gaius und Marcian überhaupt auf der Klageformel auf. Cf. sein Vorwort daselbst IX ff. und Text S. 81 ff.; auch Keller 961 ff.

[2]) Wir haben hier und im Folgenden Lenels Formel und die vorangehende Ableitung derselben vor Augen. Ed. perp. 396 f. — Im übrigen enthält 20. 1. 4 auch den Hinweis, dass der Pfandvertrag in Rom auch schriftlich niedergelegt wurde. Es handelt sich hierbei nach Gaius nur um die Herstellung eines Beweismittels. — Hier sei gegenübergestellt, dass auch die griechischen Hypothekensteine (ὅροι), so üblich sie auch waren, nicht essentiell gewesen sind. Vgl. Dareste, Recueil, introduction VII. Hier wird die Behauptung ausgesprochen, dass die Römer die Publicität des griechischen Pfandrechts deswegen nicht recipiert hätten, weil diese Qualität, als die Römer in Griechenland eintraten, hier bereits erloschen gewesen sei. S. a. Hitzig 70 f.

[3]) Insbesondere 20. 4. 11. 3 ist ein Seitenstück zu 20. 4. 9 pr. von African-Julian.

§ 4 tritt die Bedingung der Klageformel hervor: *neque per A. A. stare, quo minus solvatur.* Daher ist dem *creditor prior* die *hypothecaria* auch dann versagt, wenn er vom Nachhypothekar keine Abfindung annimmt[1]). In 20. 6. 7 behandelt Gaius in materiellem Gewande mehrere *exceptiones*; so in pr. und § 1 die uns in 20. 6. 8. 9 von Marcian mitgeteilte, auch nicht ediktale *exceptio „si non voluntate creditoris veniit"*, die auf dem schon im Provinzialedikt des Gaius (D. 50. 17. 158) ausgesprochenen und in dem vorliegenden, §§ 1 und 2 wiederholten Satze beruhte, dass in der Einwilligung (oder Genehmigung: 20. 6. 4. 1 i. f.) des Gläubigers in den Verkauf des Pfandes durch den Schuldner ein Verzicht auf das Pfandrecht und daher ein Tilgungsgrund liegt; in § 2 die *exceptio pacti ne pignori hypothecaeve sit res* (cf. Marcian 20. 6. 8. 2), die aber dann durch die allgemeine *exceptio doli* zu ersetzen ist, wenn der Aufhebungsvertrag nur von einem Prokurator des Schuldners geschlossen ist (was sich übrigens nach Marcian l. c. wieder ändert, wenn jener *procurator in rem suam* ist).

§ 16.

Marcellus gewährt trotz seiner 292 Fragmente für unsere Zwecke eine geringe Ausbeute. Es fanden sich im ganzen nur 11 pfandrechtliche Stellen, von denen einige inhaltlich sogar ohne Interesse und Bedeutung sind.

Lenel fr. 26 (Ulp.), 47, 48 (Ulp.), 49 (Ulp.), 61 (Paul.), 115 (citiert nur den Julian), 182 (Ulp.), 211 (Ulp.), 213, 267, 278, letzteres aus den *responsa*[2]), die andern aus den Digesten.

Das Wort *hypotheca (-ria)* findet sich keinmal. — So wenig muss Gaius also auf den Sprachgebrauch haben wirken können. — Andrerseits fällt der konsequente Gebrauch des einfachen *pignori (-us) dare* auf. Marcellus geht anderen Variationen und

---

[1]) Dass diese Klagebedingungen sich zu jeder Zeit der Entwicklung des Pfandrechts auch im Vertragsinhalt widerspiegeln, darf uns mit Pernice, Labeo I 427 nicht zu irrtümlichen Auslegungen der Verträge verleiten, was schon oben bei Labeo D. 20. 6. 14 seine Darlegung fand.

[2]) fr. 278 (D. 13. 7. 34) handelte von der fiducia, wie das hier wie in 13. 7. 8. 3 (Pomp.) stehen gebliebene *eam* verrät. Lenel I 634 A. 3. Schon oben bei Pomponius war hiervon die Rede.

umständlicheren Verbindungen sichtlich aus dem Wege[1]; wendet jene Verbindung aber auch von der Hypothek an: D. 44. 2. 19 (fr. 213).

Auch inhaltlich interessiert letztere Stelle. Zugrunde liegt offenbar der Fall, dass dieselbe Sache zuerst zum Besitzpfand, und an zweiter Stelle zur Hypothek gegeben ist. Der Hypothekar klagt nun, wie es heisst, mit der dinglichen Pfandklage *(pigneraticia)* gegen den besitzenden *primus* und dringt durch, trotzdem dieser die *exceptio rei sibi ante pigneratae* entgegenhält. Als Grund, den die Stelle nicht angibt, kann hier nur eins in Betracht kommen: die vorherige *oblatio* seitens des *secundus* an den *primus*, die, wie sich oben zeigte, dem *secundus* das Klagerecht in jedem Falle verschafft. So ist begreiflich, dass, wenn danach etwa wieder der *primus („ille“)* seinerseits klagte, ohne dabei etwas anderes als seine Priorität geltend zu machen, nach Marcellus die *exceptio rei iudicatae* gegeben ist.

Interessant ist auch fr. 267 (D. 46. 3. 73) infolge des von Marcellus geltend gemachten Verhältnisses von Pfand und Bürgschaft für dieselbe Schuld. Für eine Geldschuld von Dreissig hat jemand in Höhe von Zwanzig gebürgt; ausserdem ist vom Schuldner ein Pfand für die Gesamtschuld bestellt worden. Der Verkauf des Pfandes ergibt nur Zehn als Erlös. Auf welchen Teil der Schuld werden diese angerechnet? Nach der Meinung anderer Juristen findet zwar im allgemeinen Anrechnung aufs Ganze statt, wenn der Schuldner bei einer teilweisen Leistung[2]) des Geschuldeten keine Bestimmung trifft. Marcellus hingegen

---

[1]) In D. 20. 4. 7. 1 (fr. 211) bleibt es fraglich, welche Worte Marcellus selbst gebraucht hat. Ich vermute, dass das dem: putat Marcellus Vorangehende des Letzteren Worte annähernd wiedergibt. Hier braucht also M. von der Hypothek das uns in diesem Sinne wohlbekannte obligare (fundum). Wenn wir auch den zweiten Teil des Fragments wegen des Celsinischen, von Marcellus wiedergebrauchten quippe letzterem zuerteilen, so braucht er hier auch das Verbum pignerare, was nicht auffällt. (Vgl. über quippe allgemein Kalb, Roms Juristen 89.)

[2]) Das (in solvendis) decem ist hier aus dem vorliegenden Fall entnommen, hat aber generellen Sinn. Der Satz *si* bis *dixisset* bildet m. E. eine Analogie, die Marcellus nur aufwirft, um sie zurückzuweisen. Das quidam putant beziehe ich auf den folgenden Satz mit si, weil es sich in dem in Frage stehenden Hauptfall nicht um solvere handelt.

ist der Ansicht, dass der Bürge in der Höhe der Zehn befreit würde, wenn nicht der Gläubiger die erstandenen Zehn seinerseits — und in seinem Interesse — auf den nicht durch den Bürgen gesicherten Teil der Schuld anrechnen will[1]).

Bei Scaevola finden wir von 344 Fragmenten 33 pfandrechtliche:

Lenel fr. 4 § 2, 18, 22, 23, 24, 27, 31, 50, 53, 55, 76 (pr., §§ 3 u. 4), 90 § 15, 117, 118, 121 § 1, 134 § 1, 143 (Marcian), 192 §§ 3. 5, 214, 221, 223 § 5, 227, 228, 238, 247 § 5, 275, 278 § 4, 288, 296, 300, 301, 313, 223 (Tryph.), 342 (Ulp.).

Nur 3 sind also Citate; weitaus die meisten stammen aus Scaevolas Digesten und Responsen.

Das Wort *hypotheca* findet sich nur 3 mal[2]), *hypothecaria* 1 mal[3]), trotzdem dieser Jurist im übrigen eine an Gräzismen reiche Sprache führt[4]), und trotzdem er als einer der gesuchtesten Respondenten[5]) starke Fühlung mit dem Orient und dessen Sprache hatte. So gibt er im 27. Buch seiner Digesten (D. 20. 1. 34. 1) einen ihm zur Entscheidung vorgelegten Fall wieder, in dem es sich um die Auslegung einer in griechischer Sprache verfassten Pfandurkunde handelt[6]). Dass solche Pfandbriefe praktisch waren, sagt indirekt schon Gaius (D. 20. 1. 4), indem er sie ausdrücklich als nicht essentiell, vielmehr nur als Beweismittel bezeichnet.

Der vom Schuldner ausgestellte Pfandbrief bei Scaevola lautet:

Δανεισάμενος παρὰ σοῦ δηνάρια πεντακόσια παρεκάλεσά σε μὴ βεβαιωτὴν ἀλλ' ὑποθήκην παρ ἐμοῦ λαβεῖν· οἶδας γὰρ

---

[1]) Die Florentina schaltet im ersten Satz nach pignus noch: in decem ein. Wenn man unter diesen Zehn nicht grade den zufällig ebensoviel betragenden, durch die Bürgschaft nicht gedeckten Rest versteht, ändert sich durch diese Lesart der Sinn in keiner Weise. Das pignerare in decem könnte dann nur heissen: Nur Zehn aus dem Pfanderlös entnehmen dürfen.

[2]) In D. 18. 1. 81 pr., 32. 38 pr., 45. 1. 122. 1.

[3]) D. 20. 1. 34 pr.

[4]) Kalb S. 97 ff.

[5]) Krüger 196.

[6]) Auslegungen griechischer Testamente kommen vor in fr. 48, 49 § 2, 55 (das auch pfandrechtlich interessiert), 68 §§ 5 u. 6, 71 § 1, 84, 105, 258 § 15, 287 § 4. Vgl. noch fr. 234.

ἀκριβῶς, ὅτι καὶ ἡ ταβέρνα καὶ οἱ δοῦλοί μου οὐδενὶ κατέχονται ἢ σοί· καὶ ὡς εὐσχήμονι ἀνθρώπῳ ἐπίστευσας.

Von Interesse ist hier die Gegenüberstellung von *βεβαιωτὴν* und *ὑποθήκην.* In der Urkunde handelt es sich um eine römische Hypothek[1]), die für ein Darlehen generell an dem Laden und den Sklaven des Schuldners bestellt sein soll. Überhaupt liegen natürlich römische Rechtsgrundsätze zugrunde — und auch römischer Sprachgebrauch. Letzterer ist wohl auch in der zusammengezogenen Verbindung *μὴ βεβαιωτὴν ἀλλ' ὑποθήκην λαβεῖν* wiederzuerkennen. Die Römer sagen dafür *expromissore aut pignore dato* (D. 18. 1. 53) und *fideiussorem dare et pignus* (46. 3. 73, 18. 1. 81). Das *οὐδενὶ κατέχονται ἢ σοί* ist nichts anderes als das *nulli alii esse obligatum*, z. B. in D. 20. 6. 9. 1, welches bei der Bestellung einer ersten Hypothek ebenso üblich war als das *nulli alii esse obligatum quam forte Lucio Titio* bei Bestellung einer Nachhypothek nach 20. 1. 15. 2.

Wenn wir unserm Fall römische Rechtsverhältnisse zugrunde legen müssen, so erfahren wir daraus, dass das römische Vertragspfand in der im römischen Orient jetzt heimischen griechischen Sprache *υποθήκη* hiess. Das legt den Gedanken nahe, dass die Reception des Ausdrucks als *hypotheca* nicht so sehr in der Juristensprache, sondern in der Volkssprache des Orients vor sich ging. Die Juristen — Gaius und Marcian ausgenommen — stehen dem Ausdruck bis zuletzt kritisch gegenüber. Der Ausdruck *υποθήκη* lebte aber, wie unser Fall zeigt, im Volk; er würde sich sonst in der hier in Frage stehenden Privaturkunde nicht finden.

Die an die Pfandverschreibung geknüpfte Anfrage gibt Scaevola in römischer Sprache wieder. Der Fragesteller, der mit dem im principium in einem ganz ähnlichen Fall (Generalhypothek an einer *taberna*) eingeführten identisch ist, bediente sich danach selbst der römischen Sprache, reichte offenbar die in seinem Besitz befindliche Pfandverschreibung des Griechen zur Begutachtung ein. Scaevola gibt seinen Bescheid unter mehr-

[1]) Dass das griechisch geschriebene Wort *ὑποθήκας* übrigens bei Cicero ad Att. 2. 17 und ad famil. 13. 56 zur Annahme einer griechischen Hypothek allein nicht genügt, scheint man bisher nicht beachtet zu haben. Was soll sonst der Grund zu jener Annahme sein?

facher Verwendung des Wortes *pignus*, lehnt also gleich dem Fragesteller die Adoption des urkundlichen Ausdrucks ab, was um so mehr auf seine Terminologie ein Licht wirft.

Scaevola entscheidet die Frage, ob die Pfandbestellung gültig sei, da die Urkunde weder Datum und Konsuln enthält noch signiert ist, dahin, dass allein die Frage erheblich sei, ob Konsens vorliegt; also genau wie Gaius in 20. 1. 4.

In den drei angeführten Stellen tritt *hypotheca* stets in irgend einer Verbindung mit *pignus* auf: *p. sive h.*, *p. h.-ve*, *p. et. h.* Dass es sich hier um eine Interpolation des griechischen Ausdrucks handele, glaube ich nicht[1].

Warum ist dann gerade bei den jüngeren Juristen in stetig wachsendem Masse interpoliert worden? Es lässt sich auch durchaus nicht feststellen, dass die Kompilatoren eine besondere Neigung zu dem fremden Ausdruck gehabt haben müssten. Selbst in den Justinianischen Konstitutionen treffen wir das Wort verhältnismässig selten. *Pignus* ist immer noch beliebter (vgl. etwa von C. 8. 13 ab). Aus dem 2. Jahrhundert fehlen aber Konstitutionen pfandrechtlichen Inhalts fast ganz. Severus, der für Scaevola in Betracht käme, spricht jedenfalls in C. 8. 18. 1 von dem *creditor hypothecarius*. Scaevola kann also — ebenso wie seine Vorgänger — sehr wohl auch so geschrieben haben.

Andrerseits muss in der Literatur Scaevolas der häufige Gebrauch von *obligare, obligatio* auffallen[2]. Es finden sich auch die sonst kaum vorkommenden Wendungen *pignori ponere* (fr. 50), *pignora tradere* (fr. 53), *pignori habere* (55) je einmal. Hingegen ist in 20. 1. 34. 2 (fr. 117) die Lesart *obligata creditori* *pignoris*

---

[1]) Kuntze II 16 glaubt bei all den Juristen, wo hypotheca selten vorkommt, an Interpolation.

[2]) Vgl. z. B. fr. 18, 22, 23, 27, 31, 117 (4 mal), 118 (5 mal), 278 (3 mal), 288, 296, 300, 301. — Der Annahme Voigts (S. 240 f.) wurde bereits oben entgegengehalten, dass obligare auch bei Scävola nicht allein der Hypothek vorbehalten ist. In fr. 27 (D. 18. 1. 81) wird obligare in allgemeiner Beziehung auf beide Pfandarten gebraucht. fr. 31 kann auch vom Faustpfand handeln. In fr. 117 pr. wird obligare mit pignori dare ausgewechselt, allerdings von einer Hypothek. fr. 296 (42. 8. 22) handelt hingegen von einem in frandem creditorum gegebenen Besitzpfand.

esse natürlich entstellt. *Pignoris* ist zu streichen (Mommsen) oder aber durch *pignori* zu ersetzen.

Terminologisch ist auch fr. 234 (17. 1. 60. 4) von Interesse. Zugrunde liegt hier eine in griechischer Sprache verfasste Generalvollmachtsurkunde, in der der Empfänger zu einer allgemeinen Güterverwaltung und allen einschlägigen Geschäften (unter denen auch das *ὑποτίθεσθαι* hervorgehoben wird) bevollmächtigt wird. Der Bevollmächtigte missbraucht seine Befugnis und nimmt fraudulose Veräusserungen und Aufträge vor. Frage: Haftet der Vollmachtgeber persönlich oder dinglich? (da der Bevollmächtigte als *magistratu functus* nicht haftbar ist). In letzterer Beziehung heisst es: *res obligatae.* In Betracht kommt als Titel dieser Haftung nach den Worten des Fragments die Vollmachtsurkunde, was Scaevola aber ablehnt.

Inhaltlich ist fr. 27 (18. 1. 81) hervorzuheben. Es handelt sich hier um den Fall[1]), wo Pfänder und Bürgen für dieselbe Schuld nebeneinander bestellt werden. Der Schuldner sagt dem Bürgen zu, ihn innerhalb dreier Jahre zu befreien. Sollte dies nicht geschehen und der Bürge zur Zahlung gezwungen werden, so sollen die Pfandgrundstücke dem Bürgen als gekauft zufallen. Natürlich ist eine Verfügung für diesen Fall wirksam, denn, wenn der Bürge zahlt, geht das Pfandrecht des Gläubigers unter. — Scaevola sieht, da der vorgesehene Fall als *condicio emptionis* tatsächlich eintritt, das Grundstück als kaufweise für den Bürgen erworben an, lehnt aber eine Pfandwirkung zugunsten des Bürgen in dieser Beziehung ab[2]).

Auch Scaevola spricht zweimal noch von einem *pactum de vendendo* bei der Verpfändung (fr. 192 = 33. 3. 14. 5 und fr. 313 = 46. 1. 63). Und doch war das Verkaufsrecht schon ein gesetzliches Recht. Das zeigt sich auch bei Scaevola daran, dass

---

[1]) Derselbe Fall in Papin. 20. 5. 2 (emptionis titulo suscipere). Vgl. auch 46. 3. 73, die oben bei Marcellus besprochen wurde. Ferner (46. 1) 51. 3 u. 63 (= Scäv. fr. 313), 20. 1. 2, 3. 5. 31 pr., 46. 1. 52. Siehe auch unten bei Papinian.

[2]) Sollte dieser Fall nicht auch auf die von Hitzig 147[3] für das griechische Pfandrecht herangezogene dunkle Stelle aus Demosth. c. Apaturios (8. 894) ein Licht werfen? Analogie grade im Verhältnis zwischen Pfand und Bürgschaft ist in beiden Rechten unverkennbar.

er in mehreren anderen Fragmenten den Pfandverkauf erörtert, ohne von einem solchen *pactum* zu berichten (vgl. fr. 4, 31 u. 90). Im fr. 278 ist das *lege pignoris vendidit* auch bezeichnend. Das stets als selbständiger Nebenvertrag angesehene, noch wesentliche *pactum de vendendo* würde nicht so tituliert werden. Wo ein wenn auch nicht wesentliches *pactum* abgeschlossen war, heisst es *ex pacto vendidit* u. a.[1]). Die *lex pignoris* ist die Pfandbestellung als Ganzes mit Einschluss des damit gesetzlich verknüpften Verkaufsrechts[2]).

In jenen beiden Fragmenten hat die Erwähnung des *pactum d. vend.* auch einen besonderen Grund. Im fr. 192 beruht grade darauf die Ableitung der *accessio temporis* für den weiter ersitzenden Pfandkäufer. Wenn auch die Ausübung des Verkaufsrechts durch den Gläubiger *invito te* (d. h. gegen den Willen des Schuldners) vorgenommen sein mag, so wird das für die Weiterersitzung notwendige Successionsverhältnis doch zweifellos durch das *pactum* geschaffen, vermöge dessen der Gläubiger das auf den Käufer zu übertragende Recht selbst vom Schuldner ableitet. — Im fr. 313 finden wir eine ganze Anzahl von *pacta supervacua* (im Sinne von Pompon. D. 20. 5. 9. 1). Im vorigen wie in diesem Fragment zeigt sich, dass beim *pact. d. vend.* die Bedingung *nisi pecuniam solvisses* od. ähnl. üblich war, ohne dass man sie für notwendig gehalten haben wird. Wie bei Pomponius finden wir auch hier ferner die besondere Abrede der Weiterhaftung des Schuldners im Falle eines Mindererlöses, wobei auch eine bestimmte Formel zum Ausdruck kommt; denn es heisst bei

Pomponius: ut, quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet.

Scaevola: si quo minoris venissent, id creditrici redderetur.

Der Hinweis von Pomponius, dass diese Abrede überflüssig sei, weil das Verabredete schon *ipso iure* erfolge, hatte also der Gepflogenheit des Verkehrs auch kein Ende bereiten können.

Das *pact. d. vend.* ist übrigens im Sinne unserer früheren Dar-

[1]) Vgl. 44. 3. 14. 5. Oder iure conventioni vend. in 20. 5. 3 pr.

[2]) Statt dessen findet sich auch bloss iure creditoris vendere (Jul. 19. 1. 11. 16) oder titulo pignoris vendere (Pap. 20. 5. 1), iure pignoris v. (Pap. 31. 78. 4, 50. 15. 5. 2).

legungen bei Scaevola hier insofern besonders motiviert, als die Beschränkung des Verkaufsrechts auf *certum tempus* damit verbunden wird.

Von Florentinus haben wir nur ein pfandrechtliches Fragment [Lenel 20 (D. 13. 7. 35)]. Im § 1 hat dieser Jurist den auch der Definition des Gaius (50. 16. 238. 2) eigenen engeren Sinn von *pignus* vor Augen. Er gedenkt hier der beim Besitzpfand üblichen bitt- oder pachtweisen Rückübertragung des Besitzes bzw. der Innehabung auf den Verpfänder. Von der im *pr.* gebrauchten Wendung *si quid superest* wird bei Papinian die Rede sein.

§ 17.

Papinian hat das Pfandrecht reichlich behandelt. Es finden sich folgende 50 Fragmente:

Lenel fr. 57, 75, 135 (Ulp.), 138, 154, 155, 168 (Ulp.), 208 (Ulp.), 209 (Ulp.), 261 § 6, 300, 307 § 5, 320, 321, 397 § 3, 431, 432, 441 § 3, 448, 449, 450, 451, 452 (Marci.), 453, 463, 474 (Fr. Vat.), 514 § 5, 568, 585 § 2, 593, 614 § 4, 620 § 8, 641, 645, 646, 648 (Ulp.), 651, 652, 653 (Marci.), 654, 655 (Marci.) [1]), 656, 657, 658, 661 § 1, 667, 668, 671 § 3, 675, 749 § 2.

Bis auf sieben Citate also Originalfragmente, zumeist den Quästionen und Responsen entstammend. Papinian ist danach pfandrechtlich erst von Justinian als Autorität anerkannt worden; denn Ulpian citiert ihn nur 5 mal, Marcian in seiner Monographie nur 3 mal [2]).

Justinian schreibt in der *Constitutio Omnem* § 4 vor, dass

[1]) Das Citat durch Marcian 20. 4. 12. 5 druckt Lenel in Anm. 2 ab (fr. 654). In der als D. 20. 4. 12 aufgenommenen Stelle Marcians wird Papinian also dreimal citiert (§§ 5. 6 u. 9).

[2]) Der Satz Krügers (Sav. Z. 21. 412), dass Marcian in seinem lib. ad form. hyp. „vielfach auf Papinian zurückgegriffen und Ulpian seinerseits nicht mit gleichen Citaten kargte" wäre also wohl etwas einzuschränken. Unbedingt richtig ist jedoch nach unseren Feststellungen das, was Krüger hier auch allein im Auge hat, dass Costa nämlich in seinem Papiniano (Cap. 2) diesen Juristen pfandrechtlich sehr unterschätzt, und dass daher diese und die anderen statistischen Erhebungen und Schlüsse Costas stets der Nachprüfung bedürfen.

im dritten Studienjahr ganz besonders eine Vorlesung über die *formula hypothecaria* zu erfolgen habe, wobei die Lektionen Papinians heranzuziehen wären. Und sagt dann:

Librum enim hypothecariae ex primordiis plenum eiusdem maximi Papiniani fecimus lectione . . .

Von dem Titel 3 abgesehen, in dem Papinian überhaupt nicht vertreten ist und dem Pfandrechtsmonographen Marcian die Führung zugestanden wird, wurde Papinian im 20. Buch der Digesten mit seinen sämtlichen Fragmenten auch stets an die Spitze der einzelnen Titel gestellt [1].

Dann schliesst sich regelmässig entweder eine Stelle aus Marcian oder dem anderen Pfandrechtsmonographen Gaius an. Das ist nicht Zufall, sondern deutet ohne Zweifel auf die führende Rolle dieser Juristen in der Literatur des Pfandrechts hin.

Trotz des reichen uns überlieferten pfandrechtlichen Stoffs gebraucht Papinian darin nur 6 mal das Wort *hypotheca* [2]. Ein stetiges, wenn auch schwaches Steigen der Gebrauchsziffer ist zwar im Verhältnis zu den obigen Feststellungen zu beobachten. Papinian spricht aber niemals von der *actio hypothecaria*, sondern zieht die Bezeichnung mit Serviana vor.

Dieser Klassiker braucht zuweilen eigenartige Ausdrücke, die sich sonst nicht bzw. nur selten finden; so *nexu pignoris liber* (fr. 568), *vinculo pignoris solutum* (514), *pignus omittere* (321, 441 § 3) *pignori haberi* (451), *pignus suscipere* (432, 450 [zweimal]) [3].

---

[1]) Krüger a. a. O. Was dieser Autor weiterhin den Schlüssen Costas entgegenhält, ist auch den übereilten Schlüssen in unserer Materie bereits oben entgegengehalten worden. Wir dürfen aus dem selteneren oder häufigeren Vorkommen von Fragmenten in den Digesten nicht ohne weiteres auf die Bedeutung ihrer Autoren schliessen. Excerpiert wurden in erster Linie nur Ulpian und Paulus, und andere Juristen sollten nur ergänzen. Ebensowenig wie wir deswegen erstere beiden überschätzen dürfen, dürfen wir insbesondere die älteren und ältesten Juristen unterschätzen, die bisweilen nur mit wenigen Fragmenten vertreten sind, zumal in irgend einer bestimmten Materie, wie dem Pfandrecht. Noch leichtfertigter ist es aber, wenn wir aus der Seltenheit pfandrechtlicher Fragmente in der Zeit der Republik überhaupt irgend einen direkten Schluss auf den Stand der Rechtsentwicklung dieser Zeit im Gebiet des Pfandrechts ziehen würden.

[2]) D. 3. 5. 31 pr., 20. 1. 1. 3, 20. 1. 2, 20. 3. 4, 22. 2. 4 pr., 46. 3. 97.

[3]) Kalb 24 bezeichnet Papinian sprachlich als Neuerer, der besonders

Inhaltlich könnte aus Papinians Fragmenten das ganze Dogma des Pfandrechts entwickelt werden. Hier ist nur das geschichtlich Interessierende hervorzuheben.

Ein Pfand haftet ungeteilt für die ganze Forderung und wird daher durch Teilleistungen nicht berührt (D. 21. 2. 65)[1]. Es ist in seinem Bestande prinzipiell allein davon abhängig, ob der Verpfänder das Eigentum an der Pfandsache im Moment der Pfandbestellung hatte. Wenn dieser z. B. nachher in einem Vindikationsprozess gegen einen dritten Besitzer unterliegen sollte, so wird dem Gläubiger dadurch die Serviana nicht beeinträchtigt, wenn er nur, der Klageformel entsprechend[2], beweist: *res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse* (20. 1. 3 pr.). Würde das Recht des Verpfänders aber in dem Moment der Bestellung mangelhaft sein, so überträgt sich dieser Mangel des Eigentums auf den Pfandgläubiger (§ 1 eod. l.). Vgl. auch Pap. in 44. 2. 29. 1, 41. 3. 44. 5, 20. 1. 1. 2 über die Natur des Pfandrechts und sein Verhältnis zum Eigentum.

46. 3. 97 enthält die Rangordnung der Schulden zwischen denselben Personen, in der sie bei einer nicht alle tilgenden Leistung mangels besonderer Festsetzung gesetzlich als getilgt angesehen werden: 1. Schulden *sub infamia*. 2. Schulden *sub poena*. 3. Schulden *sub hypotheca vel pignore* usw. Bedeutsam dabei ist, dass Papinian von diesem Satz sagt: *Quod veteres ideo definierunt*, was schon oben bei Pomponius verwertet wurde. Zweifellos ist alles vorher in dem Fragment Erörterte altes Recht. Erst die folgenden Möglichkeiten und Ordnungen setzt Papinian aus seiner Zeit hinzu. — Also schon in alter Zeit bestand jene Ordnung, in der die pfandrechtlich gesicherten Schulden die dritte Stelle hatten. Es liegt auf der Hand, dass

---

da Nachahmung finden konnte, wo er Wendungen wieder einführte, die schon in der älteren Literatur, wenn auch selten, vorkamen.

[1]) Trotzdem im griechischen Recht das Verhältnis zwischen Pfand und Forderung anders als im römischen ist, finden wir wie hier auch dort die ungeteilte Weiterhaftung des Pfandes für einen Schuldrest (Hitzig 135). — In Ägypten bewirkt eine Teilleistung hingegen teilweise Befreiung des Pfandes, wie Gradenwitz durch Pap. London (ed. Kenyon) II p. 153 col. 2 nachweist (Festgabe für R. Koch 1903 S. 256).

[2]) Cf. Lenel, Ed. perp. S. 397.

das Pfandrecht zur Zeit der Republik also ein durchaus praktisches Institut gewesen sein muss, ein Institut, das auch nicht mehr bloss durch Sitte und Besitzesmacht seinen Halt bekam, sondern das bereits Rechtsinstitut mit besonderem rechtlichem Schutz gewesen sein muss. Sonst würde es hier und in den anderen Stellen nicht in eine Reihe mit anderen Rechtsinstituten *(emptio)* oder Rechtsbeziehungen früherer Zeiten gestellt werden.

Besonderes Interesse wendet Papinian dem nachstehenden Pfand zu. Er handelt hiervon gemäss D. 20. 4 ll. 1, 2 und 3; 20. 4. 12 §§ 5, 6 und 9; 20. 5 ll. 1. 2 und 3. Das letztere Fragment behandelt das *ius offerendi* des nachstehenden Gläubigers. Dieser verliert jenes Recht, sobald der Primus das Pfand verkauft hat. Hingegen wird es dadurch nicht aufgehoben, dass der Schuldner verkauft und den Primus aus dem Erlös abfindet. Der Sekundus hat dann das Recht, die dem Primus gezahlte Summe nebst Zinsen dem Käufer zu offerieren, indem dieser die Rolle des Primus fortsetzt.

Von besonderer Wichtigkeit ist 20. 5. 1, insofern darin ein Beweis für den schon oben bei Aristo erörterten Satz liegt, dass der Sekundus als solcher nicht das Recht des Pfandverkaufs hat. Zugrunde liegt die successive Bestellung von zwei Generalhypotheken für je einen Gläubiger. Von dem seitens des Sekundus vorgenommenen Verkauf der Pfänder sagt Papinian: *nullo iure . . titulo pignoris*[1]) *vendidit.* Als Pfandverkauf ist der Akt wirkungslos. Papinian deutet hier das oben bei Aristo schon hervorgehobene Moment an, dass auf keiner Stufe der Pfandentwicklung dem Sekundus das Recht des Pfandverkaufs zugestanden wurde, wenn er auch das obligatorische Kaufgeschäft mit der Pfandsache — wie mit jeder *res aliena* — vornehmen kann. Der Pfandtitel fehlt ihm hierbei, wie Papinian zum Ausdruck bringt. Freilich könne sich der Primus dann nicht an den Sekundus, sondern nur an den Käufer halten und diesen auf Grund der unberührt gebliebenen Serviana

[1]) Den Titel hebt Papinian auch hervor in 31. 78. 4: iure pignoris vendidit, ebenso in 50. 15. 5. 2, immer im Gegensatz zu dem rein obligatorischen Verkauf.

evincieren, der dann den Regress gegen den wegen Rechtsmangels haftenden Sekundus nimmt[1]).

Im Gebiet des Nachpfandes interessiert terminologisch der Ausdruck für den die Forderung des Primus übersteigenden Pfandwert, an den sich der Sekundus zu halten hat. Es scheint hier besonders nötig zu sein, auf die in der Juristensprache erscheinenden *termini* ein allgemein sprachliches Licht fallen zu lassen, um aus jenen nicht etwas Unrichtiges herauszulesen. Hier sei nur bemerkt, dass man auch aus der Wendung: *si quid superfuisset* (z. B. Paul. D. 22. 2. 6) geschlossen hat, das Recht des Sekundus sei zunächst ein bedingtes gewesen. Hierbei wird vergessen, dass jene Wendung durch nichts als eine gewisse sprachliche Unbeholfenheit zu erklären ist.

Wir finden, wie Kalb[2]) gezeigt hat, das Wort *superfluum* in den allgemeinen Bedeutungen für „das *Plus*" und „der Rest" vor Scaevola überhaupt nicht. Die älteren Juristen sind auf Umschreibungen angewiesen. Was Kalb bei Gaius (J. 3. 122: *de eo quod amplius dederit*) und bei Julian (D. 12. 6. 32 pr.: *quod superest*) in allgemeiner Bedeutung konstatiert, zeigt sich in pfandrechtlicher Richtung auch schon bei Nerva und Proculus (20. 4. 13: *si quid superesset*)[3]). Noch Gaius schreibt nach D. 20. 1. 15. 2: *id quod excedit priorem obligationem.* Sogar noch Florentinus sagt nach 13. 7. 35 pr. hypothetisch: *si quid superest.*

Papinian ist der Ausdruck *superfluum* im Pfandrecht ganz geläufig: 13. 7. 42, 20. 4. 12. 5[4]). Paulus kennt ihn nach D. 13. 7. 7 und *sent.* 2. 13. 1 auch, fällt aber in der bereits erwähnten D. 22. 2. 6 noch in die hypothetische Umschreibung zurück. Ulpian gebraucht *superfluum* in 13. 7. 24. 2 2mal.

Das Wort *superfluum*, das erst nach Scaevola[5]) nach-

---

[1]) Die Frage der Eviktion des Pfandkäufers behandelt Papinian in 21. 2. 68.

[2]) a. a. O. S. 22 ff.

[3]) Es handelt sich hier um einen eigenartigen Fall von Pfandmehrheit an derselben Sache. — Paulus schliesst sich in seiner Note jedenfalls den älteren Juristen an.

[4]) Vgl. auch 6. 1. 65 pr., 36. 1. 60. 8, 46. 3. 96. 3.

[5]) In Scäv. D. 36. 1. 81 wird das id quod superfluum est (hier nicht pfandrechtlich) als interpoliert anzusehen sein. Kalb 22.

weisbar ist, verdrängt also die früheren Umschreibungen nicht. Das zeigt sich auch im Cod. Just. Vgl. etwa C. 8. 27. 5; andrerseits 8. 27. 20, 8. 28. 5. Noch Justinian sagt in pfandrechtlicher Bedeutung C. 8. 23. 3 §§ 4, 4b (wo die drei verschiedenen Möglichkeiten des Wertverhältnisses zwischen Forderung und Pfand in Betracht gezogen werden): *quod noscitur abundare*, und darauf: *quod debitum excedit.* Dass ihm auch *superfluum* geläufig ist, zeigt sich dort in §§ 4c, 5, 5a.

Der Ausdruck *hyperocha* ist bis Papinian noch nicht vorgekommen; und doch ist die rechtliche Behandlung des Pfandüberschusses schon fest gefügt: die Reception[1]) dieses griechischen Ausdruckes (cf. D. 20. 4. 20) hat also mit der Ausbildung des Instituts nichts zu tun. Es zeigte sich schon, dass auch die Reception des Hauptausdruckes *hypotheca* der völligen Ausbildung des Vertragspfandes erst nachfolgte. Es handelt sich also im Pfandrecht überhaupt lediglich um ein Nachhinken einer besseren, systematisch unterscheidenden Terminologie. Damit schwinden die Bedenken Kuntzes[2]), der aus der (doch nur der allgemeinen Gräzisierung entspringenden) Reception der griechischen Kunstausdrücke auf die entsprechend späte Entstehung der römischen Hypothek überhaupt schliesst.

Einzelne Stellen Papinians erinnern noch an das *pactum de vendendo*. Jedoch kann nicht daraus geschlossen werden, dass er es für wesentlich hält. 20. 5. 3 pr. enthält nur die Worte: *Cum prior creditor pignus iure conventionis vendidit* . . Das *iure conventionis* deutet, wie auch Kuntze (II 8) hervorhebt, nicht auf die *conventio distrahendi* hin, sondern auf den Pfandbestellungsvertrag überhaupt, die conventio pignoris, wie sie in 20. 5. 1 am Anfang genannt ist. In derselben Stelle heisst es gleich darauf: *titulo pignoris vendidit*, dessen Sinn vorhin erläutert wurde. Bei allen diesen Zusätzen meint Papinian

---

[1]) Wenn von einer solchen hinsichtlich des Wortes hyperocha überhaupt die Rede sein kann. Vgl. weiter unten bei Tryphonin.

[2]) I S. 4: „Die für das Römerrecht ungewöhnliche und gradezu auffallende Anzahl griechischer Kunstausdrücke (hypotheca, hyperocha, antichresis) deutet auf die posthadrianische Zeit“, wobei also die terminologische Frage mit der Ausbildung des Instituts ganz vermischt wird, während sie nebenher geht. Über antichresis siehe unten bei Marcian.

dasselbe. Er will mit ihnen nicht, wie Kuntze (II 8 Anm. 7) weiterhin sagt, den Gegensatz zum *pignus traditum* bezeichnen. — Denn auch letzteres wird schliesslich in dem auch von Kuntze vorher richtig fixierten Sinne: *iure conventionis* verkauft. — Sondern Pap. hebt, wie es oben schon von der Wendung *titulo pignoris vendidit* gesagt wurde, ebenso auch mit dem Zusatz *iure conventionis* den im Pfandrecht liegenden originellen Verkaufstitel hinsichtlich einer fremden Sache hervor. Dabei hat Papinian einen ähnlichen Gedanken, wie wir ihn bei Gai. II 64 (item creditor pignus ex pactione quamvis eius ea res non sit) verkörpert fanden (oben S. 78 Anm. 1), wo auch an pactum de vendendo nicht zu denken ist, die pactio vielmehr der Pfandvertrag überhaupt ist. Man kann eine Sache mit definitiver Wirkung für den Käufer verkaufen, entweder als Eigentümer derselben: iure dominii, oder, falls es sich um eine fremde Sache handelt, kraft positiven Gesetzes (Gai. II 63 und 64: ex lege) oder iure conventionis. Der letztere Fall, der oben vorliegt, hat bei dieser Gegenüberstellung also einen ganz allgemeinen Sinn und gestattet nicht die Annahme, dass es sich grade um ein spezielles pactum de vendendo handelt, zumal dasselbe infolge der bereits nachgewiesenen Stellen zu Papinians Zeit nicht mehr erforderlich war.

In 20. 5. 4 handelt es sich nicht so sehr um das Verkaufsrecht überhaupt, sondern um die zeitliche Hinausschiebung der Ausübung desselben, die Papinian auf eine Abrede zurückführt. Es zeigte sich aber bereits, dass, nachdem das Verkaufsrecht bereits ein gesetzlich wesentliches Recht des Gläubigers geworden war, ein *pactum* immer noch dazu diente und erforderlich war, Modifikationen der Ausübung des Rechts zu bewirken. Papinian steht also zu der bereits erörterten Ausbildung des gesetzlichen Verkaufsrechts nicht im Widerspruch.

Papinian erörtert eine ganze Anzahl der schon oben bei Scaevola besprochenen Fälle, wo Bürgschaft und Pfand für dieselbe Schuld neben einander gehen [1]. Dreimal kommt es dabei zu einer Übernahme der Pfänder durch den Bürgen, wobei

[1]) 20. 5. 2, 46. 1. 51. 3, 20. 1. 2, 3. 5. 31 pr., 20. 6. 1. 2, 17. 1. 56 pr., 19. 2. 53, 46. 1. 52. Vgl. auch oben bei Scävola.

Papinian consequent *pignus* s. *hypothecam suscipere* anwendet[1]). Ein solcher Bürge kann entweder *„simpliciter"* gestellt werden; dann hat der Gläubiger die Wahl zwischen Pfand und Bürge, kann sich insbesondere unter Übergehung des Pfandes gleich an den Bürgen halten (46. 1. 51. 3, s. a. 17. 1. 56 pr.), oder die Haftung des Bürgen wird so verabredet: *Quanto minus ex pretio pignoris distracti servari, potuerit* (46. 1. 52 pr.[2])). Dann haftet der Bürge nur für den vom Pfand etwa nicht gedeckten Rest, das *πλέον* oder *ἐλλεῖπον* des griechischen Rechts, dem diese Abrede ebenfalls bekannt ist[3]).

Wenn auch Papinians Ansehen bei Justinian gross gewesen ist, und wenn auch die Fragmente seiner Literatur fast das ganze Dogma des Pfandrechts enthalten (was wieder auf ersteren Umstand zurückzuführen ist), so ist doch der Schluss Kuntzes (II 13) nicht zutreffend, dass Papinian bei der wesentlichen Umbildung des Pfandrechts die Hauptrolle gespielt habe. So erscheint z. B. das *pignus usus fructus*, das Kuntze (II 11) bei Papinian zum ersten Male findet, doch bereits bei Labeo, wie auf Grund von 22. 1. 49 oben S. 73 festgestellt wurde. Dass das Verkaufsrecht nicht erst durch Papinian essentiell wurde (Kuntze 8) ist ebenfalls bereits entkräftet. Die Ausführungen über das Recht des Nachhypothekars (10 f.) sind auch nicht begründet. Das ius offerendi schafft nicht Papinian; es findet sich schon bei Gaius (20. 4. 11. 4) und Africanus (20. 4. 9. 3) u. a. Der Codex versagt hier

---

[1]) 20. 5. 2, 20. 1. 2, 3. 5. 31 pr.

[2]) Derselbe Fall schon bei Scaevola 46. 1. 63.

[3]) Das griechische Recht, dem, wie sich schon zeigte, die Verbindung von persönlicher und dinglicher Sicherheit auch bekannt ist, hat dasselbe Prinzip und lässt auch dieselbe Ausnahme zu. Vgl. Dareste, Recueil S. 34, Ges. v. Ephesus (87 v. Chr.), tit. II § 11: *ἐὰν δὲ πλέον ᾖι τὸ ὀφείλημα τῆς τιμῆς του κτήματος, τὸ πλέον ὀφείλημα τῆς τιμῆς ὁ ἔγγυος ἀποτινέτω κατὰ λόγον* (§ 11 erinnert übrigens an C. 8. 33. 3. 4 u. 4a). Und hierzu S. 44 f.: „En principe, à Ephèse, la caution, d'une dette hypothéquaire pouvait être poursuivie pour le tout: le créancier avait le choix entre la garantie personelle et la garantie réelle". Ebenso Hitzig 145 ff., auch zum Volksbeschluss der Delphier über die Verwendung der Schenkung des Königs Attalos (Bull. de corr. hell. V 157 ff.). Hier haften die neben den Hypotheken gestellten Bürgen auch erst hinter den Pfändern auf *τὸ ἐλλεῖπον*.

als Zeugnis, da er überhaupt keine pfandrechtlichen Verordnungen vor Septimius Severus enthält. — Und das Recht des Sekundus war immer unbedingt, wie sich zeigen wird. Hier war nichts zu reformieren.

§ 18.

Callistratus spricht in den insgesamt 108, zum Teil umfangreichen Fragmenten nicht ein einziges Mal vom vertragsmässigen Pfandrecht. In 42. 1. 31 (Lenel fr. 12) ist zwar von pignus die Rede, jedoch vom p. captum d. h. dem im Wege der Vollstreckung erlangten Pfande, das uns hier nicht interessiert. Es wäre bei diesem im Osten des Reiches lebenden Juristen[1]) grade interessant gewesen, den pfandrechtlichen Sprachgebrauch zu beobachten. Würde Callistratus in früheren Zeiten gelebt haben, so hätte man sein Schweigen gewiss auch für die Annahme einer mangelhaften Entwicklung des Pfandrechts herangezogen. Es zeigt sich hier wieder, wie gewagt diese Schlüsse aus der Literatur sind.

Nicht viel finden wir auch bei Tryphoninus, von dessen 72 teilweise sehr umfangreichen Fragmenten nur 7 Pfandrecht behandeln:

Lenel fr. 13 § 12, 19 § 4, 24, 25, 26, 27, 28.

Dieser Jurist hat ohne seine Schuld bewirkt, dass man bis jetzt durchgehends fälschlich von einer „Reception" des griechischen Wortes *hyperocha* in der römischen Literatur gesprochen hat[2]). Dieses Wort findet sich nirgends als bei Tryphonin lib. oct. disput. D. 20. 4. 20 (Lenel 25)[3]). Nach dem Wortlaut der Digesten findet es sich in diesem Fragment 2 mal. Ob Mommsen

---

[1]) Vgl. Krüger 202, wo von griechischer Abstammung gesprochen wird, was sich sprachlich bei Kalb 118 ff. bestätigt.

[2]) Ich brauche hier nur an die sich fast in jeder Darstellung des römischen Pfandrechts findende Behauptung der „Reception der Ausdrücke *hypotheca, hyperocha, antichresis*" zu erinnern, wobei auch meist sofort auf die Reception griechischen Pfandrechts ein „nahe liegender" Schluss gezogen wird. Wenn sich nur die behauptete Reception wenigstens auf terminologischem Gebiete beweisen liesse! Jener Irrtum vererbte sich durch die ganze gemeinrechtliche Literatur bis heute, was wegen des weiteren Schlusses auf die Reception griechischer Institute verhängnisvoll war.

[3]) Diese meine Feststellung bestätigte nachträglich der Index Voc. iur. Rom.

und Lenel, die das am Ende des ersten Satzes stehende: *pignoris hyperocha* als Glossen ansehen, damit Recht haben, scheint zweifelhaft. Der ersichtliche Grund zu dieser Annahme ist die anscheinende Überflüssigkeit des Zusatzes, der eine Tautologie des vorhergehenden: *quod plus est in pretio rei quam primo credidisti*, zu sein scheint. — Wenn man diesen Satz jedoch als Apposition zu dem unmittelbar vorgehenden: *quadraginta* ansieht, dann ist pignoris hyperocha das unentbehrliche Subjekt von *cederet*. Sachlich gewänne man dann für den zugrunde liegenden Tatbestand auch noch das Moment, dass der Wert der Pfandsache ausser der ersten Forderung des *tu* nur grade dessen zweite von etwa quadraginta deckt, nicht mehr die grössere Forderung des Seius, dem aber doch wegen seiner Priorität der zweite Rang eingeräumt wird.

Ferner fällt für unsere Annahme besonders der andere, die Terminologie überhaupt betreffende Umstand ins Gewicht, dass der Ausdruck *hyperocha* weder zur Zeit Tryphonins noch später anderweit in römischen Quellen gebraucht wird. Der Ausdruck ist erst in unserer gemeinrechtlichen Literatur allgemein geworden, und man hat darüber vergessen, dass die Quellen ihn — von dieser einen Stelle bei Tryphonin abgesehen — nicht kennen, dass die Allgemeinheit des Gebrauchs durchaus keinen quellenmässigen Rückhalt hat. Nicht die Römer, sondern wir haben den griechischen Ausdruck recipiert, wobei nur Tryphonin vorbildlich war [1]). Der Gebrauch des Wortes erklärt sich bei Tryphonin aus einer allgemeinen Neigung zu Gräcismen. Selbst wenn es häufiger und allgemein gebraucht worden wäre, wäre das keine so auffallende Erscheinung, wie schon oben bemerkt wurde. Wenn man *chirographum*, *emphyteusis* und *parapherna* schrieb, warum nicht auch *hypotheca*, *hyperocha* und *antichresis?* Es ist also jedenfalls unrichtig, wenn unter den Gründen für eine späte Entstehung der römischen Hypothek auch die Reception des Wortes *hyperocha* figuriert!

Wir finden letzteres auch nicht im Codex und den Novellen [2]).

---

[1]) Genau dasselbe wird sich hinsichtlich des Ausdrucks *antichresis* zeigen, der nur von Marcian gebraucht wird.

[2]) Die Novellen enthalten nur wenig Pfandrecht. Vgl. etwa nov. 4. 2,

In der griechischen Terminologie lässt sich übrigens, soweit das beschränkte Quellenmaterial einen Schluss zulässt, ein ständiger oder auch nur häufiger Gebrauch des entsprechenden Ausdrucks *τὰ ὑπερέχοντα*, den Tryphonin vor Augen gehabt hat, durchaus nicht nachweisen. Der Ausdruck findet sich z. B. im zweiten Gesetz von Ephesus § 10[1]):

Ὅσοι δὲ ἐπὶ τοῖς ὑπερέχουσι δεδανείκασιν . . .

Sonst finden wir entweder auch Umschreibungen, so im Hypotheken-*ὅρος* Nr. 10 der Sammlung bei Dareste[2]):

Ὅσῳ πλείονος ἄξιον Κεκροπίδαις ὑπόκειται . . .

Oder bei Demosthenes in der Lakritossyngraphe (12. 926) *ἐὰν τι ἐλλείπῃ τοῦ ἀργυρίου . . . .*

Oder im Volksbeschluss von Delphi[3]): *τοῦ ἐλλείποντος ἀργυρίου.*

Oder es wird nur von *ἐπιδανείζεσθαι*[4]), oder *μεθυποτίθεσθαι*[5]) gesprochen; oder es fehlt jeder spezielle Ausdruck[6]).

Es ergibt sich hierdurch ein weiterer Beitrag für die Annahme, dass Tryphonin auch Grieche war, insbesondere seine Disputationes im griechischen Orient schrieb[7]).

Andrerseits finden wir *hypotheca* nicht bei ihm. In 20. 4. 20, wo vom Vertragspfande die Rede ist, verwendet er *hyperocham obligare*. Auch hier tritt das *obligare* terminologisch

---

18. 10, 22. 40, nov. 52, nov. 53 c. 5, nov. 69 praef. und c. 1, siehe im übrigen Sintenis Pfandr. das Quellenverzeichnis S. 695 f.

[1]) Dareste, Recueil S. 32 f.

[2]) Dareste, Recueil S. 108. Vgl. den Text hierzu S. 130 ff., wo auch einfach *τὰ ὑπερέχοντα* unterstellt wird, was hier nicht steht.

[3]) Bull. de corr. hell. 5. 165.

[4]) Demosth. c. Phorm. 6 (908). Vgl. auch Hitzig S. 128 Anm. 4. Dieser Schriftsteller (S. 91) sieht auch in der *παγκτησία* im Gesetz von Ephesus (§ 19 cf. Dareste, Recueil S. 38 und die abweichende Erklärung hierzu S. 39) die Differenz zwischen dem Pfand und der kleineren Schuld.

[5]) In dem von Wessely (Wiener Studien 7, 131) publicierten Papyrus.

[6]) So im *ὅρος* Nr. 50 bei Dareste, Recueil S. 114, wo lediglich das *κατά* den Rang andeutet.

[7]) Kalb 121 ff. vermutet aus sprachlichen und anderen Gründen, dass Tryphonin seine Heimat im hellenistischen Asien gehabt habe. In der Tat teilt er mit allen bedeutenderen Griechen auch das Los, von keinem Späteren citiert zu werden.

wieder grade bei der Hypothek auf. *Pignori dare* scheint Tryphonin hingegen nur vom Besitzpfande zu sagen[1]).

Es sind zwar nur wenige Fragmente, aus denen hier zu schliessen wäre, und es findet sich auch nicht recht eine Stelle in ihnen, wo das Wort *hypotheca* grade hingehörte; geläufig ist dieses Tryphonin, der es sicher aus der Sprache kannte, der er so viele Wendungen und Ausdrücke entnimmt[2]), jedenfalls nicht.

§ 19.

Ulpian ist mit c. 130 pfandrechtlichen Stellen vertreten, was bei der Gesamtziffer 3003 nicht auffällt. Auf den Inhalt derselben einzugehen, ist hier nicht am Platze, ebenso wie die sachlichen Erörterungen schon bei den zuletzt vorhergehenden Juristen hinter den desto mehr interessierenden terminologischen zurücktreten mussten. Wie für die Entwicklung des Pfandrechts, speziell der Hypothek sachlich die älteren und ältesten Fragmente die Hauptrolle spielen und auf sie daher früher auch inhaltlich einzugehen war, so wird das Dogma unserer Materie besonders die grossen Kompilatoren zu befragen haben[3]). Da es in jedem Fall nötig erschien, um das Fortschreiten der Literatur zu beobachten, die Fragmentenziffer auch für Ulpian festzustellen, so sollen die pfandrechtlichen Stellen wie bei den früheren auch hier aufgezählt werden, damit auch für alle weiteren Untersuchungen das Quellenmaterial gesammelt ist.

Lenel fr. 45, 48, 64, 67 II, 68, 69, 74 § 1, 75, 101, 140, 142, 182 § 2, 234, 240 § 4, 249 II, 323 pr., 346, 350 § 3, 355, 385 (D. 4. 3. 9. 4) 386, 469 § 7, 475, 478 II, 516, 526 § 14, 570 (6. 2. 9. 1), 585, 591 § 5, 615 (9. 2. 17), 627 I, 633 (10. 2. 18. 6 u. 7), 640, 642 §§ 6. 12 u. 13, 648, 651, 719 §§ 3. 12, 720 I u. II pr., 729 § 9, 750 I u. III, 784 I, 789 § 1, 801 § 5,

[1]) Siehe 20. 4. 20, wo also das erste Pfand ein Besitzpfand ist, die beiden folgenden hingegen Hypotheken. Zuerst sagt T. von letzteren: hyperocham obligasset, dann: hyperocha cederet. Das dann folgende: *in pignore* ist in allgemeinem Sinne von der Pfandsache gebraucht. S. a. 49. 15. 12. 12, 20. 5. 12. 1.

[2]) S. Kalb a. a. O.

[3]) Kuntze bemerkt richtig, dass Ulpian, Paulus und Modestinus „im Pfandrecht nur im einzelnen ausbauend und zusammenfassend“ erscheinen. Neuschöpfungen finden in der Tat nicht mehr statt.

802 § 2, 803 § 12, 808—812, 825 § 15, 841 § 8, 843 § 17, 876 II § 2, 878 II pr., 881 (16. 1. 8 pr.), 901—906 [1]), 934 § 8, 983 § 3, 1005, 1007 I. II pr. u. § 1. III § 3, 1010, 1042 pr. u. § 18, 1065 § 10, 1119 § 9, 1235 § 3, 1254 § 7, 1255 § 21, 1273 II, 1278 §§ 24. 25 u. 30, 1294 § 2, 1321 § 22, 1395 II § 8, 1397 § 1, 1400 § 3, 1415, 1435 II, 1441, 1444 I § 3, 1447, 1451 (42. 8. 6. 6), 1527 § 33, 1602 I § 5, 1607 (43. 26. 6. 4), 1626—1639, 1644 I. 13 u. II, 1671 § 10, 1678 II § 8, 1761 III § 11, 1778 § 8, 1852 § 4, 1885 § 10, 1888 II § 2, 1959 § 2, 2063 § 10, 2072 (von § 2 ab), 2073 § 1, 2300 §§ 1. 2, 2358, 2359, 2369, 2389, 2398 pr., 2408, 2612 II § 2, 2624 § 1, 2708 II § 3, 2733 II § 2, 2734 §§ 1. 5. 6. 14. 16, 2766 II § 6, 2857 I. II, 2874 I. II, 2878 § 4, 2908 (46. 3. 5. 2), 2971 § 23.

Dass auch bei Ulpian das Wort *hypotheca* nicht heimisch ist, zeigt sich daran, dass es trotz der grossen Anzahl von Fragmenten nur 7 mal vorkommt:

D. 13. 7. 9. 2, 22. 1. 33. 1, 32. 73. 2, 42. 6. 1. 3, 46. 3. 43 und 2 mal in 2. 14. 10 pr.

In letzterer Stelle nimmt Gradenwitz (S. 20. u. 89) und nächst ihm in grösserem Umfange auch Lenel (II S. 434 Anm. 1)

---

[1]) fr. 901—906 (30. Buch ad. ed.) handeln von der *fiducia*, wie Lenel, Sav. Z. 3 S. 104 ff. nachgewiesen hat. — Gradenwitz macht (Sav. Z. 7 S. 47 f.) in der schon oben berührten Verbindung die terminologische Beobachtung, dass zu Gaius' Zeit das Gebräuchliche wäre: *fiduciae causa mancipio dare*, während zu Ulpians und Paulus' Zeit die Abschleifung zu *fiduciae dare* bereits erfolgt wäre. Das erscheint nicht erwiesen. Gaius braucht jene umständliche Wendung im ganzen nur zweimal: J. II 59 u. 220 (III 201 enthält f. c. mancipare). Zweifellos handelte libr. 7 ad. ed. prov. (D. 10. 2. 28) auch von der *fiducia*, wie die Vergleichung mit Gai. J. II 220 ergibt (gemäss Arndts u. Czyhlarz weist auch Oertmann, fid. 34 mit Recht hierauf hin, während Lenel keinen Vermerk macht). In jener Digestenstelle steht aber die dativische Verbindung; im Original hätte auch nach Gradenwitz also *fiduciae datam* gestanden. Also auch Gaius kannte diese Wendung bereits, was nicht Wunder nimmt. Und auch bei Pomponius (D. 13. 7. 8 pr. u. §§ 1 u. 2), im 35. Buch ad. Sab., findet sich in den Digesten zuerst zwar pign. c. accip., gleich darauf (§§ 1 u. 2) aber 2 mal, interpoliert, die dativische Form, die auf *fiduciae dare* im Original hindeutet (so reconstruiert auch Lenel II S. 147 Anm. 3 u. 5). Es besteht also nicht einmal Consequenz bei jedem einzelnen Juristen. Ist das richtig, so entfiele auch die weitere Verwertung dieser Terminologie bei Gradenwitz S. 47.

Interpolation an, jedoch m. E. ohne Grund. Ein historischer Widerspruch liegt nicht vor, wenn das ganze hier von Ulpian referierte Rescript dem Pius zugeschrieben ist. Der Irrtum, dass erst Caracalla die Legalhypothek geschaffen habe, ist schon von Bachofen[1]) und Dernburg[2]) widerlegt worden. Caracalla reformiert nicht, sondern fixiert Rechtssätze, die sich schon gebildet hatten. Dieser Standpunkt tritt übrigens in der hier besonders wichtigen C. 8. 15. 2 in den Eingangsworten: *Certum est* auch hervor. — Pius spricht von den Fällen, in denen der Fiskus keine Hypothek hatte. Solche Fälle gab es in früheren Zeiten, in denen die Legalhypothek nur auf Erbschaftssteuerforderungen (lex vicesimaria) beschränkt war, in grosser Zahl. Mit der allmählichen Ausdehnung des Privilegiums auf alle Contrakte[3]) verminderte sich jene Zahl naturgemäss. In welchem Stadium diese Entwicklung nun zur Zeit des Pius auch sein mochte, immer ist sein Rescript frei von Widersprüchen. — Dann reicht aber das terminologische Bedenken wegen des *in his casibus, in quibus* zur Annahme einer Interpolation bei Ulpian nicht aus, da das „in“ in dieser Wendung allmählich aufkommt und sich schon in Gai. Inst. findet, wie Gradenwitz (S. 88) selbst ausführt; aber auch noch früher[4]). Ich halte dann auch den letzten Satz: *haec enim* . . . nicht für interpoliert, (anders Lenel a. a. O. Anm. 2).

Das Adjektivum *hypothecarius (creditor), -a (actio)* findet sich 4mal: 42. 6. 1. 3, 44. 4. 4. 30, 30. 57, 10. 4. 3. 3.

Der seltene Gebrauch des griechischen Wortes muss bei Ulpian um so mehr auffallen, weil er 13. 7. 9. 2 die schon am Anfang unserer Erörterung herangezogene Unterscheidung und Definition gibt:

> Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio[5]) ad creditorem.

---

[1]) a. a. O. S. 251 ff.

[2]) I S. 334 ff.

[3]) Vgl. hier Bachofen S. 248 und Dernburg S. 337 u. 341.

[4]) S. Gradenwitz S. 232 f. — Dem *in casibus* steht auch Lenel (Sav. Z. 9 S. 179) sehr kritisch gegenüber. Er findet die Wendung in vielen unverdächtigen Stellen, nämlich schon bei Proculus D. 31. 47; Celsus 17. 1. 48 pr.; Julian 33. 5. 9. 2; Gaius 39. 2. 32.

[5]) Bachofen 25 Anm. 1 nimmt mit Recht an, dass vor *nec* ein auf die

Dass Ulpian diese Unterscheidung nicht durchführt, zeigte sich bereits in 13. 7. 1 pr., wo pignus im weiteren Sinne für Faustpfand und Hypothek zusammen gebraucht wird[1]).

Auch das *pignori dare* beschränkt er nicht auf das Besitzpfand, gebraucht es z. B. in 13. 7. 1. 1[2]) und 10. 3. 6. 8[3]) von der Hypothek.

Eigentümlich ist in 10. 4. 3. 3 die Bezeichnung der dinglichen Pfandklage als *pigneraticia Serviana*, eine Verbindung, die sich sonst nirgends findet.

§ 20.

Von Paulus finden sich in den Digesten folgende pfandrechtliche Fragmente. Es sind nur 81 von 2094 im ganzen. Sehr viele sind von Früheren stammende Citate. In vielen ist nur das Wort pignus erwähnt.

Lenel fr. 25 § 2, 29, 58 pr., 60, 61, 62, 74, 122 pr., 126 § 2, 167 § 4, 288, 296, 307 § 4, 312 pr., 365 § 1, 387 § 14, 391, 443 § 2, 447—451, 481, 487 § 3, 520 § 1, 568, 622, 642 § 1, 657 § 15, 673 § 21, 696, 747 § 3, 769—771, 773, 810 § 6, 837 § 8, 1008, 1058, 1068, 1111, 1112, 1118, 1141 pr., 1194, 1267 § 6, 1275, 1304—1311, 1318 pr., 1323, 1360 pr., 1388 § 1, 1423, 1476, 1477, 1480 (17. 1. 59. 1, 46. 1. 59, 17. 1. 59 §§ 4. 5 und 6), 1481—1484, 1489, 1491, 1500, 1579 § 1, 1580 pr., 1581, 1726, 1787, 1806, 1811, 1820 pr., 1893 § 9.

In Pauli sent. finden sich noch folgende Stellen: I 9 § 8,

---

fiducia bezüglicher Zusatz fortinterpoliert worden ist, etwa „nec res“ oder „nec dominium“. Auch schon Wissenbach ergänzt in demselben Sinne: *nec proprietas*, dem Lenel (Sav. Z. 3 S. 106) zustimmt.

[1]) Die Bemerkung Kuntzes (II 16 bei Anm. 15), dass *hypotheca* zuerst wohl beim pignus conventum (ohne Besitzübertragung) Eingang gefunden, ist selbstverständlich und niemals bezweifelt worden.

[2]) Das dare ist hier um so auffallender, als nachher sogar: *aes dederit* gesagt wird, obgleich es sich ausdrücklich um eine Hypothek handelt: *nuda conventione.*

[3]) Ein Miteigentümer allein kann an seinem Anteil nur eine Hypothek bestellen. Dass der Gläubiger nichts als das Recht hat, kommt auch in dem ius pignoris . . manebit zum Ausdruck.

II 5, 13, 17 § 15, 31 § 19, III 6 § 16, IV 12 § 6, V 1 § 1, 5a § 4, 26 § 4.

Ähnlich wie bei Gaius fällt auch hier auf, dass das Wort *hypotheca* sich nur in den Digestenfragmenten findet. Es kommt hier nur 5mal vor: 20. 3. 4, 20. 6. 11 (2mal), 36. 3. 7, 46. 2. 18; *hypothecaria* findet sich einmal in 10. 2. 29.

Bei Paulus, der vorwiegend Kompilator ist, ist es erklärlich, dass er gegenüber dem neuen Wort dieselbe Zurückhaltung zur Schau trägt, wie die früheren Juristen, deren Schriften er auszieht [1]). Dass Paulus hingegen dem Pfandrecht besonderes Interesse entgegenbrachte, ergibt sich daraus, dass er wie Gaius und Marcian eine Pfandrechtsmonographie schrieb, von deren Inhalt wir jedoch nichts wissen, deren Titel uns nicht einmal vollständig überliefert ist [2]). — Paulus verrät öfters auch eine ganz selbständige, originelle pfandrechtliche Auffassung.

In den *Sententiae* fällt auf, dass *pignus* meistens in Verbindung mit *fiducia* vorkommt: I 9. 8, inscriptio von II 4, II 13. 4, 17. 15, V 1. 1, 26. 4. Das pignus ohne Zusatz scheint bei Paulus durchgehends Pfand im weiteren Sinne zu bedeuten. Wo er nur das Besitzpfand meint, spricht er von *pignus traditum* (D. 13. 7. 37), *pignus depositum* (sent. II 5. 1, V 26. 4, vgl. auch II 13. 1a).

Für die Annahme einer Interpolation des Wortes *hypotheca* in den Digestenfragmenten fehlt es stets an besonderen Gründen, wenn auch das Fehlen dieses Wortes in den Sententiae auffallen muss. Auch in den beiden Responsenstellen (20. 3. 4, 20. 6. 11) kommt das Wort *hypotheca* nur in der Anfrage vor, während von Paulus selbst im Responsum auffallenderweise nur *pignus* gebraucht wird, und zwar beide Male die um so neutralere Wendung *pignoris obligatio*. Das deutet auf besondere Abneigung des Autors gegen das fremde Wort hin. Von einer „Reception" des letzteren in der Juristensprache kann bei dieser Sachlage nicht die Rede sein.

---

[1]) Kalb S. 137 bestreitet mit Recht bei Paulus überhaupt gräcisierende Latinität.

[2]) Der Index auctorum der Digesten weist bei XXV. Paulus unter 42 nur den Buchtitel: ὑποθηκάρια auf. Krüger S. 208 Anm. 62 vermutet wohl richtig, dass der Titel derselbe gewesen wie bei Gaius und Marcian.

Von Interesse ist D. 9. 2. 30. 1, deren Kritik hier nur unter genauerem Eingehen auf den Inhalt möglich ist[1]. Gradenwitz schreibt nur den ersten Satz (bis *quaeritur*) Paulus zu und sieht das Folgende als Veränderung bzw. Zusatz Tribonians an, wobei ihm Lenel zum Teil folgt. Trotz eifrigster Bemühung, den angeführten Gründen ersteren Schriftstellers gerecht zu werden, vermochte ich in dem Fragment keine Interpolation zu finden. Der Inhalt und Zusammenhang des gesamten Fragments erklären sich aus dem dem Fall zugrunde liegenden Dogma vollständig; die Stelle ist auch in der Literatur des gemeinen Rechts in ihrer Echtheit unangefochten geblieben, da sie inhaltlich durch andere Stellen nur bestätigt wird. Die beigebrachten Gründe seien hier der Reihe nach durchgegangen.

Der Satz *sed-teneri* passt sowohl zum Vorhergehenden wie zum Folgenden[2]. Das Eintreten von „*dominus*" für das vorhergehende „*debitor*" scheint mir dadurch gerechtfertigt, dass der Verpfänder dem dritten Täter gegenüber grade als Sacheigentümer mit der actio legis Aquiliae aktiv legitimiert ist[3]. Das „*domino*" ist insofern sogar korrekter, als es das „*debitori*" gewesen wäre.

An eine von Gradenwitz auf den Täter bezogene Iniquität, die im Satz *sed-teneri* konstatiert werde, denkt Paulus m. E. nicht, wie das Folgende grade lehrt. Paulus will, nachdem er im ersten kurzen Satz das einfache Prinzip ausgesprochen, dann nämlich die Frage prüfen, ob auch der Pfandgläubiger die analoge Aquilia gegen den Täter hätte, obwohl prinzipiell nur der Eigentümer der Sache legitimiert sei. Paulus wirft als Bedenken ein: Es könnte dies zu Unbilligkeit, und zwar natürlich nur gegen den Eigentümer, führen, (der durch die lex Aquilia

---

[1]) Vgl. über diese Stelle etwa Sintenis, Pfandrecht S. 595 ff. Dernburg II 403. Hellwig 48 ff. Gradenwitz 89 ff. Lenel fr. 365 und Anm. 1 u. 2. — Die Stelle ist auf Pfand im weiteren Sinne zu beziehen.

[2]) Dazu scheint auch Lenel mehr zu neigen.

[3]) Grade Eigentum war prinzipiell vorausgesetzt, wie insbesondere D. 9. 2. 43 pr. erkennen lässt. Vgl. auch eod. tit.: 39 pr., 20, 13. 2, 12, 7. 4. Dem Dritten gegenüber ist die Stellung des Klägers als Pfandschuldner unerheblich. Der „*creditor*" kann hingegen auch dem Dritten gegenüber nicht anders bezeichnet werden.

von Hause aus allein geschützt wird, dessen Interesse daher unbedingt im Vordergrunde stehen müsse)[1]), denn wenn der Gläubiger gegen den Täter klagte und das Schuldige erhielte, verlöre der Schuldner die Aquilia, und würde zunächst nicht einmal frei von seiner Schuld. Nur hieran kann m. E. bei dem *iniquum est* gedacht sein, wenn man einen Widerspruch vermeiden will. Zur Annahme einer Iniquität gegen den Täter fehlt jeder Anhalt, wenn man auch noch berücksichtigt, dass die Römer bei all den Strafklagen, hinsichtlich deren Ausübung Eigentümer und dinglich Berechtigte[2]) mit einander konkurrieren, entweder eine Solidarforderung oder eine Quotenteilung statuierten, so dass also eine Iniquität gegen den dritten Schuldner (hier Täter) in jedem Falle von vornherein ausgeschlossen war[3]). Dann wäre also der Text bis *consecuturus sit ab eo* in bester Ordnung.

Gradenwitz resümiert den Inhalt bis hierhin nicht richtig, wenn er als Resultat angibt, „dass Gläubiger und Schuldner gegen den Täter klagen können, dass aber der Gläubiger das Erhaltene sich auf die Schuld anrechnen muss“. Paulus hat vielmehr bis jetzt noch keine Entscheidung gegeben, er stellt lediglich Erwägungen an und beseitigt gewisse Bedenken und Schwierigkeiten, die bei der nicht einfachen Regelung des Rechtsverhältnisses auch in den älteren Quellen hervortreten. Bereits Hellwig hatte den Sinn des Fragments im wesentlichen richtig fixiert[4]).

---

[1]) Der Ton liegt im Text auf dem *et creditori*.

[2]) In Frage kommt ausser dem Pfandgläubiger z. B. auch der Niessbraucher (D. 47. 2. 46. 1).

[3]) Vgl. hinsichtlich der *actio furti* (47. 2) 12. 2 u. 15 pr. u. 46. 5. Siehe auch Hellwig S. 45 ff., insbes. S. 50 Ziffer 2, auch S. 53. Sintenis, Pfandrecht S. 599 ff., insbes. 603. 604. Dernburg II 399. 400. — Die gegnerische Auffassung hat übrigens die zutreffenden Ausführungen von Hellwig S. 54 ff. gegen sich, die zwar citiert, aber nicht entkräftet werden.

[4]) Hellwig S. 49. Nur übersieht wohl dieser Schriftsteller bei seinen Worten: „oder aber der Gläubiger von vornherein auf die Einziehung des Betrages seiner Schuld beschränkt wird“, dass es im Text heisst: vel ab initio in id . . . debitori dandam actionem, woran sich Gradenwitz grade stösst. — Vgl. auch Hellwig 49 Anm. 99 gegen Schmidt, der den Anfang der Stelle auch so wie Gradenwitz auslegte.

Ein Widerspruch hierzu wie zu dem ganzen vorigen Gedankengang ist dann auch im folgenden (vel ab initio . .) nicht zu finden. Paulus erkennt auch das Bedürfnis des Gläubigers nach Rechtsschutz an. Die einzige Schwierigkeit bei der Auffindung eines Klageweges liegt im Interesse des Pfandschuldners. Dies werde nun aber nicht verletzt, wenn man entweder den Gläubiger zur Anrechnung seiner Forderung gegen den Schuldner auf den eingeklagten ganzen Betrag zwinge oder dem Schuldner der Einfachheit halber von vornherein auch nur eine Klage (gegen den Täter) auf den seine (des Schuldners) Schuld übersteigenden Teil der Ersatzsumme gäbe. — Darin liegt kein Meinungswechsel, der den Gedanken an einen von hier ab interpolierten Zusatz rechtfertigte. Was Paulus bei seiner Entscheidung vermeiden will, ist positives *damnum* des Schuldners, der durch Gewährung einer Klage für den Gläubiger zunächst gefährdet erscheint. Wird dies nun nicht vermieden, wenn dem Schuldner von vornherein der Anspruch auf die ihm billigerweise auch nur zukommende Differenz gewährt wird? Dadurch wäre nach Paulus Meinung beiden Interessen gedient; und insbesondere dem Schuldner geschähe dann kein Unrecht.

Auch ein Widerspruch zu dem Anfangssatze liegt nicht vor, und die Ausführungen im zweiten Teil des Fragments sind nicht unrömisch und falsch[1]. Paulus denkt nämlich nicht daran, den Schuldner schliesslich auf die Differenzklage zu beschränken[2], so dass bei seiner Solidarklage der Täter etwa eine Einrede aus dem entgegenstehenden Pfandrecht hätte. Der Schuldner soll vielmehr die Wahl haben[3]. Dem Täter ist es gleich, an wen, und in wieviel Raten er zahlt, und auch der Gläubiger

---

[1]) Gradenwitz nennt sie falsch auf S. 91 oben, und unrömisch auf S. 92.

[2]) Gradenwitz S. 91 oben.

[3]) Vgl. auch die analogen Fälle des Niessbrauchs in 47. 2. 46 §§ 1—5 und auch Sintenis, Pfandr. S. 602—604. Paulus steht im zweiten Teil ganz im Einklang mit Ulp. 47. 2. 46 4. Hier hat der Gläubiger die actio furti auf den Betrag seiner Forderung (dies folgt aus dem Schlusssatz); der Schuldner hat daneben dann nur noch die Klage auf den jene übersteigenden Betrag der Strafsumme. Es handelt sich also um nichts Unrömisches. Auch hier würde der Dieb sich freilich nicht auf das Pfandrecht berufen können, und müsste das Ganze zahlen, wenn es der Schuldner verlangte.

wird nicht verletzt; denn in erster Linie steht ihm ebenfalls selbständig die Solidarklage[1]) (resp. analog die Klage auf den Betrag seiner Schuld) zu. Ist ihm der Schuldner hingegen mit der Solidarklage zuvorgekommen[2]) (was beim Faustpfand unpraktisch ist), so kann der Gläubiger sofort den ihm zukommenden Teil der Ersatzsumme vom Schuldner im ordentlichen Wege verlangen. Damit scheinen die prozessualen Bedenken von Gradenwitz, die sich aus der Solidarklage des Schuldners gegen den Täter ergeben sollen, zerstreut zu sein[3]).

Ganz besonders soll aber der Schluss von *et ideo* an das vorher Ausgeführte auf den Kopf stellen. — Paulus würde sich jedoch auch hier nicht widersprechen. Im ersten Teil wird, wie bereits gesagt, nur erwogen, inwiefern[4]) eine Klage auch des Gläubigers am Platze wäre. Dabei werden zwei Fälle seines Interesses als schutzbedürftig in Frage gezogen, die dann im zweiten Teil bei der definitiven Entscheidung der Streitfrage auch zur Klagebedingung erhoben werden. Wenn wir Recht haben, gewinnen wir also das ganze Fragment für die Literatur von Paulus.

Die Stelle beweist dann, dass Paulus nicht nur Kompilator war, sich vielmehr auch selbständige pfandrechtliche Auffassungen gebildet hatte. In der oben S. 43 ff. bei Aristo erörterten 20. 3. 3 zeigte sich Paulus zwar von weniger vorteilhafter Seite.

---

[1]) Paul. 47. 2. 15 pr.

[2]) Vgl. Sintenis S. 603 f. „Hiernach muss sich nun . . .“ Die Ausführungen dieses Autors sind hier bahnbrechend gewesen und sind noch immer zu beachten.

[3]) Selbst wenn übrigens der Schuldner von Paulus auf die Differenzklage beschränkt wäre, daher also der Dritte gegen seine Solidarklage eine exceptio hätte, so wäre auch das m. E. nicht unrömisch oder falsch. Denn so ist es nämlich beim pignus nominis nach Paulus D. 13. 7. 18 pr. (debitorem adversus me . . tueatur), wo dem Pfandschuldner vom Drittschuldner eine solche exceptio entgegengestellt werden kann. Vgl. auch Hellwig S. 56 unten.

[4]) Gradenwitz S. 91 meint m. E. zu Unrecht, dass „vorher dem creditor allgemein die Klage gegeben“ werde. — Eine Vereinigung mit D. 47. 2. 12. 2 ist unmöglich, da die Frage des Interesses eben stark umstritten war und die Meinung des Paulus hier wie auch in anderen Punkten von der anderer Juristen abwich. — Vgl. oben S. 67 bei Julian fr. 338.

§ 21.

Von **Marcian**, dem dritten Pfandrechtsmonographen, sind nur folgende 33 pfandrechtliche Fragmente vorhanden:

Lenel fr. 7 § 1, 17—41, 80, 103, 132 § 12, 234, 245, 254 § 2, 261.

In seinem Hauptwerk, den Institutionen, findet sich das Pfandrecht nur zweimal berührt (fr. 80, 103); in beiden Fällen handelt es sich offenbar um ein Besitzpfand. Halten wir die gleiche Beobachtung bei Gai. Inst. daneben, so ergibt sich also, dass wir aus dem Umstande, dass in den Lehrbüchern vom Pfande, insbesondere von der Hypothek nicht ex professo bzw. überhaupt nicht die Rede ist, nicht auf mangelnde praktische Bedeutung dieses Rechtsinstituts schliessen dürfen. Wir beobachten ja auch noch das Fehlen anderer wichtiger Institute oder Materien in diesen Lehrbüchern. Vermögen wir also die bei deren Abfassung leitenden Motive überhaupt nicht zu erforschen, so ist jene beliebte Schlussfolgerung für die Geschichte der Hypothek also nicht am Platze.

Wie bei Gaius so findet sich das Wort *hypotheca* auch bei Marcian **nur** in seiner Monographie zur formula hypothecaria, hier aber sogar 62 mal. Das Adjektiv *hypothecarius* findet sich 8 mal[1]). Das griechische Wort ist danach bei diesem Juristen recht eigentlich zu Hause[2]). Er gebraucht *hypotheca* auch von der Pfandsache und kommt so zu Verbindungen wie *hypothecam possidere* (20. 6. 5 pr.), *hypothecam accipere (sive possidere)* (20. 4. 12 pr.), *-vendere* (20. 5. 7. 2). Originell ist auch die Verbindung *rem hypothecam* (statt *-ae*) accipere (20. 6. 8. 5).

Der Sprachgebrauch Marcians ist gemäss der schon oben S. 6 citierten 20. 1. 5. 1 inkonsequent; pignus und hypotheca werden beliebig vertauscht. Gleich im folgenden § 2 zeigt sich, dass *hypotheca* auch im weiteren Sinne für Pfand überhaupt

---

[1]) Auf Angabe der 70 Stellen kann hier verzichtet werden, da sie bei Lenel leicht auffindbar sind. Sie finden sich alle in fr. 17—41.

[2]) Schon an dieser Terminologie zeigt sich, dass Marcian nicht „ganz auf Papinians Schultern" steht (so **Kuntze** II 6). Auch sachlich lässt sich das nicht erweisen.

gebraucht wird, was sonst nur mit *pignus* geschieht[1]). Vgl. auch die anderen Bemerkungen über Marcian oben S. 6f.

Zum erstenmal begegnen wir bei Marcian dem Worte *ἀντίχρησις*; und zwar gebraucht er es zweimal (20. 1. 11. 1 und 13. 7. 33). Es sei gleich hinzugefügt, dass dieses Wort sonst auch in lateinischer Schrift sich nirgends in den Quellen findet[2]). Es ist also ebenfalls falsch, von einer Reception dieses Wortes in der römischen Literatur zu sprechen, und noch unrichtiger, dabei gar an die Reception eines griechischen Instituts zu denken. Von dem Institut spricht schon Papinian 20. 1. 1. 3:

> Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae.

Das Recht des Pfandgläubigers, die Früchte der Sache vice usurarum zu ziehen, findet sich auch sonst öfters in den früheren Quellen[3]). Dies brauchten die Römer also nicht mehr von den Griechen zu lernen.

Die Griechen kannten zwar auch ein Nutzungspfand[4]); aber sie haben für dieses Institut nicht etwa den terminus *ἀντίχρησις*. Ein fester terminus lässt sich dort überhaupt vermissen.

Es zeigt sich hier also dasselbe wie bei dem Worte *hyperocha* Tryphonins, nur dass es sich in letzterem Falle nicht um ein besonderes Institut handelte. Von Reception eines griechischen terminus *ἀντίχρησις* darf nicht die Rede sein, um so weniger, als Marcian das Wort nur in griechischen Schriftzeichen schreibt.

Letzterer von Marcian in seiner auch sonst gräcisierenden Neigung gebildete Ausdruck hat auch nicht einmal eine ausschliesslich pfandrechtliche Bedeutung. Mag derselbe nun

---

[1]) Erst Justinian scheint sich der Ausdrucksweise Marcians in C. 8. 22. 2 (cf. oben S. 20) zu bemächtigen.

[2]) Vgl. Vocab. iurisp. Rom. Bd. I. — Im Codex war das Wort auch nicht zu finden.

[3]) Vgl. bei Glück, Pand. XIV S. 104ff., dessen Ausführungen darüber immer noch zu beachten sind. Glück geht freilich ohne zwingenden Grund von einem sehr engen Begriff der Antichrese aus. Die herrschende gemeinrechtliche Theorie dehnte ihn jedenfalls aus.

[4]) Vgl. Hitzig S. 93ff.

von ἀντι und χρησαι oder χρησϑαι entstammen[1]); immer bedeutet er soviel wie „Gegen"nutzung d. h. Nutzung als Entgelt für eine Gegenleistung. Dieses Verhältnis konnte auch ohne Pfandbestellung und ohne den Zweck der Pfandsicherung verwirklicht werden, wie Glück zuerst festgestellt hat[2]). — Es darf nicht verkannt werden, dass auch Marcian in der einen der beiden obigen Stellen (20. 1. 11. 1) durchaus nicht an die Pfand-Antichrese denkt. Es heisst dort:

> Si ἀντίχρησις facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

Es handelt sich hier zweifellos nur um ein Retentionsrecht pignoris loco[3]), das auch nur mit einer *actio in factum*[4]) geschützt wird.

Hiernach hat sich auch die Auslegung der zweiten Stelle zu richten (13. 7. 33), die Lenel im fr. 20 mit Recht mit jener vereinigt. Beide Stellen behandeln zwar eine andere Antichrese. Die zweite spricht von der Pfand-Antichrese:

> Si pecuniam debitor solverit, potest pigneraticia actione uti ad reciperandam ἀντίχρησιν[5]): nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

Die Worte *cum pignus sit* bezeichnen aber grade den speziellen Gegensatz zu dem offenbar auch im Original eben vorangegangenen generellen Fall, bei dem auch nur eine actio in

---

[1]) So Glück a. a. O.

[2]) Vgl. Sintenis S. 28 f. u. 259 ff. Ohne dass der griechische terminus verwendet wird, findet sich dieser Fall in C. 4. 26. 6, wo ohne Pfandbestellung statt der Darlehnszinsen eine facultas habitandi gewährt wird. Dasselbe in C. 4. 32. 14, wo die zweite Möglichkeit des locare lebhaft an Marcians oben im Text gleich zu citierende 20. 1. 11. 1 erinnert.

[3]) Diese Terminologie wurde oben S. 22 erörtert.

[4]) Hierüber vgl. Bachovius III c. 19, 2 gegen Azo und Cujac. Ersterer trifft das Richtige, indem er neben jener actio in factum eine Pfandklage für ausgeschlossen hält. Vgl. auch die interessanten Ausführungen von Glück S. 108 ff.

[5]) Das *ius* wird hier, wie schon oben bei *hypotheca* beobachtet wurde, wieder *pro re* gebraucht.

factum gewährt war. Die Worte *hoc verbo poterit uti* können natürlich nur soviel bedeuten wie: *hac actione p. u.;* denn nur so widersprechen sie nicht dem ersten Falle und geben sie Sinn[1]). In wörtlicher Übersetzung mögen sie freilich grade den Anstoss zu der irrtümlichen Auffassung gegeben haben, dass das „Wort" ἀντίχρησις nur beim Pfande gebraucht werden dürfe[2]).

Der terminus *antichresis* ist — nach Marcians Vorbild — erst in der nachjustinianischen Zeit allgemeiner geworden, so dass wir ihn erst in einer Basilikenscholie wiederfinden[3]):

Ἀντίχρησίς ἐστιν, ὅτε τοῦ ὑποθεμένου ἀγροῦ τοὺς καρποὺς ἀντὶ τόκων διαλαμβάνω.

Dann finden wir das Wort bei Cuiacius[4]) und dadurch ist der terminus schliesslich bei uns so allgemein geworden, dass wir ihn — ebenso wie das Wort *hyperocha* — als quellenmässig ansehen mochten, was schliesslich weitere historische Vermutungen erweckte, die sich nun als ebenso verfehlt erweisen.

Das in den drei Ausdrücken *hypotheca* — *hyperocha* — *antichresis* liegende terminologische Argument für die vom griechischen Recht beeinflusste, daher späte Einführung der Hypothek erweist sich also in jeder Hinsicht als haltlos. Bei ersterem Worte hätte man sich vor Aufstellung dieses Arguments ganz besonders bewusst sein müssen, dass die Hypothek als Institut schon lange vor Julian bezeugt wird, während die Bezeichnung *hypotheca* erst bei Julian[5]) erscheint, und von diesem wie den meisten folgenden Juristen nur sehr selten gebraucht wird, während das Institut selbst längst ein Verkehrsgeschäft geworden war.

---

[1]) Die von Glück S. 107 Anm. 9 als Parallelen für diesen Gebrauch beigebrachten Stellen sind nicht beweiskräftig. — Marcian will offenbar nicht das eben gebrauchte Wort ἀντίχρ. rechtfertigen, sondern die vorgeschlagene Klage.

[2]) Diese Auffassung zeigt zuerst Cuiacius, observ. III c. 35, wo die ἀντίχρησις als species pignoris bezeichnet wird.

[3]) Siehe bei Heimbach (1843) Tom. III, p. 63 bei XXXII.

[4]) Observat. lib. III cap. 35. Vgl. Glück 106; auch Dernburg II 73, wo die Benennung *antichresis tacita* auch „den Neueren" zugeschrieben wird. Von der stillschweigenden „antichresis" (in lateinischen Schriftzeichen) spricht Cujacius observ. lib. VIII cap. 17.

[5]) Vgl. oben S. 70.

So ist das Auftreten der vielgenannten in fast jeder Darstellung der Geschichte des römischen Pfandrechts als Argument erscheinenden drei griechischen Ausdrücke im römischen Pfandrecht also lediglich durch die allgemeine Sprachneigung zum Hellenismus zu erklären, die sich im übrigen betreffs *hyperocha* und *ἀντίχρησις* auch nur bei je einem römischen Juristen zeigt.

Um so fraglicher muss es erscheinen, die Wurzeln des Instituts der Hypothek im griechischen Recht zu suchen. Denn selbst wenn wir die Idee des besitzlosen Pfandes und eine Reihe weiterer Rechtssätze lange vorher in Griechenland konstatieren würden, die wir dann mehr oder weniger umgestaltet in Rom wiederfinden, wäre die Annahme einer positiven Reception fremden Rechts dadurch für eine solche Zeit nicht gerechtfertigt, in der die Römer fremder Beeinflussung in dem hier nötigen Masse noch gar nicht zugänglich waren.

Je früher wir die Entstehung der römischen Hypothek zu datieren in der Lage sind, desto unwahrscheinlicher wird m. E. ihre Reception aus Griechenland, ganz abgesehen von dem oben S. 59 Anm. 1 herangezogenen positiven Argument für die nationale Natur der Hypothek. Richtig sind gewiss die allgemeinen Bemerkungen Hoffmanns[1]): „Es kann also gar nicht befremden, wenn die Römer in dieser Beziehung manches von den Griechen annahmen, und sie taten dies um so bereitwilliger, wenn mancher dort vorgefundene Rechtssatz[2]) nur die scharfe Formulierung dessen war, was sie bishin instinktiv geübt hatten. Manches konnte auch neu sein und konnte um so leichter herübergenommen werden, als keine entgegengesetzte Überzeugung Widerstand leistete". — Die Idee der Hypothek und das Verkaufsrecht des Gläubigers waren aber in der römischen *praediatura* bereits vorhanden. Sollte der Sprung von diesem öffentlichen Institut zur privaten *hypotheca* grösser sein als der nach Griechenland,

[1]) Hoffmann, Beitr. z. Gesch. d. griech. u. röm. R. 1870 S. 34.

[2]) Hoffmann spricht vorher von der vor der Zwölftafelgesetzgebung nach Griechenland entsandten Kommission (Liv. 3. 31, Cic. de leg. 2, 25) und behandelt hier den Einfluss dieser „griechischen Belehrung, und der Kenntnis griechischer Rechte auf die Decemviralgesetzgebung", — in der wir die Hypothek aber jedenfalls vergeblich suchen. Auf S. 37 verfällt übrigens auch Hoffmann auf die leeren Argumente: *hypotheca, antichresis.*

zumal in der Zeit der Republik, in der die Hypothek in Rom erscheint? Ist aber die Hypothek auf diesem Wege aus nationaler Quelle entstanden, so hat ein etwaiger weiterer griechischer Einfluss hier nur den Charakter und die Bedeutung gehabt, die wir bei der Entwicklung des *ius gentium* überhaupt anzuerkennen haben.

49. 14. 22. 1 bedient sich Marcian der Verbindung *res pignori nexa*, die wir nach dem Katalog oben S. 16 auch in zwei Stellen des Codex antrafen[1]). Die dingliche und persönliche Haftung, die wir bereits in dem gemeinsamen terminus *obligare* zusammenfliessen sahen[2]), weisen also auch diese weitere Identität auf. Sollte letztere, die noch durch die gemeinsamen termini: *tenere*, *solvere*, *liberare* erhärtet wird, nur eine terminologische sein? Mit dem Problem des nexum-Begriffs hängt das vielleicht ebenso wie die Haftung des *praes obligatus* (vgl. oben S. 54 ff.) und die des *redemptus* (vgl. oben S. 23) zusammen, Verhältnisse, die im einzelnen wie in dem vermutlichen Zusammenhange noch grösserer Klärung harren.

§ 22.

Von den 349 Fragmenten des Modestinus sind nur folgende 16 pfandrechtlichen Inhalts.

Lenel fr. 4, 30, 166, 197, 198, 210, 211, 216, 257, 258, 266, 282 § 1, 294, 295, 296, 297.

Trotzdem diesem Juristen die griechische Sprache wie irgend einem nahe liegt[3]), findet sich *hypotheca* nur einmal in 20. 1. 26. 2 (fr. 295), und zwar nur in der quaestio, wo jenes Wort für die Pfandsache gebraucht wird. Modestinus selbst spricht im responsum von *pignerare* und *obligare*. Letzteren Ausdruck gebraucht er verhältnismässig oft, mit Vorliebe von der

---

[1]) Vgl. hierzu und zum Folgenden Mitteis, Sav. Z. 22 S. 102 über nexum und pignoris nexus; Lenel ebd. 23 S. 98 u. Mommsen ebd. S. 348.

[2]) Vgl. hierzu und zu den ebenfalls identischen Ausdrücken für die Aufhebung der „Haftung" oben S. 18 Anm. 1.

[3]) Vgl. Krüger 226, der das Griechische möglicherweise als Muttersprache des Modestinus ansieht. S. a. Kalb 141. Vgl. die zahlreichen griechischen Worte, Sätze und Fragmente, die bei Lenel leicht ins Auge fallen.

Hypothek[1]). In 20. 1. 23 pr. steht *obligare* hingegen vom Besitzpfand. Im folgenden § 1 fällt die Wendung: *pignoris obligatio obligatur* auf. Andrerseits steht in 13. 7. 39 *pignori dare* von der Hypothek[2]).

Der Sprachgebrauch hat sich also auch am Ende der klassischen Zeit in keiner Weise geklärt.

Von geschichtlichem Interesse ist in 13. 7. 39, dass hier das ausdrückliche *emere* für *pignerare* gebraucht wird[3]). Die Lesart in den entscheidenden Worten des Fragments: „quem de Lucio Titio emi" ist sinnwidrig und daher falsch. Es muss natürlich heissen „quem de Gaio Seio emi"[4]), denn Lucius Titius ist der Gläubiger und Testator selbst, der letztere Worte geschrieben hat. Modestinus entscheidet die aufgeworfene Zweifelsfrage durch folgenden Satz:

> . . contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

Welche Worte bei der Pfandbestellung zwischen dem Schuldner Seius und dem Gläubiger Titius gesprochen worden, verrät die quaestio nicht. Nur jene testamentarische Äusserung des Gläubigers, der der Schuldner durch seine Signierung zugestimmt hatte, steht in Frage. — Was auch der Grund zu dieser abweichenden Ausdrucksweise (emere = pignerare) gewesen sein mag[5]), so findet sich der „Kauf" hier auch wieder bei einem

---

[1]) Vgl. 20. 1. 23. 1: pignoris obligatio inter absentes ist offenbar eine Hypothek, 20. 5. 8, 20. 1. 26 §§ 1 u. 2, 20. 6. 9. 1, 48. 10. 28.

[2]) Eine Hypothek liegt vor, weil erst nach der Pfandbestellung unter einer Nebenabrede der Besitz auf den Gläubiger übertragen wird.

[3]) Vgl. über die Stelle Dernburg I 184 Anm. 8.

[4]) Ohne einen Grund anzuführen, liest Dernburg a. a. O. das Fragment ohne weiteres so. Lenel macht in fr. 294 keinen Vermerk.

[5]) Simulation, die Dernburg a. a. O. auch hier anzunehmen scheint, liegt m. E. hier nicht vor, weil die Parteien der „emtio" nachher kein instrumentum venditionis vorlegen können, sondern sich offen allein auf das pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet, — berufen. Dadurch wird die Annahme von Simulationsabsicht unwahrscheinlich. Das *emere* des Testaments, dem der Schuldner nicht widerspricht, sondern zustimmt, ist daher auch eine Reminiscenz an die Zeit, wo der Kauf im praktischen Leben

pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet.
Das scheint kein Zufall zu sein; hatte doch der Kauf faktisch einen unbestimmten Charakter, indem er auch Miete und Pacht mitumfasste. Denn noch Festus lehrt:

Venditiones olim dicebantur Censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant.

Aber auch noch Gaius III 145 schreibt:

Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur . .

Es ist auch kein Zufall, dass Cato, de reb. rust. in den ex professo noch zu behandelnden leges emptio und conductio wechseln lässt[1]). Auch hier handelt es sich um fructus, deren Erwerb bei Kauf wie bei Pacht in der Tat im Effekt gleichartigen Charakter annimmt. Wenn früheren Auffassungen[2]) von Karlowa (II 610 f. und 1280) neuerdings entgegengehalten wird, dass Cato daselbst nicht von der Pacht, sondern vom Kauf rede, die Stellen daher das damalige Bestehen der Illatenhypothek nicht direkt bewiesen, so widerspricht dem m. E. einmal der Wortlaut von Cato cap. 150:

Conductor duos menses pastorem praebeat. Donec domino satis fecerit aut solverit, pigneri esto,

und im übrigen der in ältester Zeit weite Sinn des Kaufbegriffs, eine Annahme, die bei Cato in dem plötzlichen Wechsel des Wortes eine weitere Stütze findet.

Bechmann[3]), der die Catonischen leges vielfach und eingehend erörtert, stellt schliesslich das entgegengesetzte Prinzip auf, dass die Differenzierung von Kauf und Miete zur Zeit Plautus' auch terminologisch längst vollzogene Tatsache wäre[4]); jedoch ist es andererseits Tatsache, dass, wie jenes Autors Gewährsmann Demelius[5]) angesichts Festus und der lex agraria

---

eine allgemeinere Bedeutung und einen unklareren Begriff hatte. Die Analogie beider Institute ist mindestens so gross wie bei Kauf und Miete, da dort noch das Verkaufsrecht hinzukommt.

[1]) Nachdem c. 146 ff. vom Verkauf der Früchte die Rede war, erscheint in c. 150 die locatio.

[2]) So Bachofen 9 f. Keller 964. Vgl. auch Scheuerl 428.

[3]) Bechmann I 420 ff., insbes. 424. S. a. 526 ff.

[4]) S. 426.

[5]) Demelius S. 194 f.

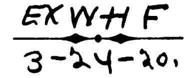
grade hervorhebt, spätere Reminiscenzen dieser einstigen Unklarheit vorkommen. Wenn wir letztere sogar in Gesetzen und bei Festus und Gaius konstatiert finden, wird es um so begreiflicher sein, wenn zur Zeit Catos in den Verträgen der praktischen Landleute[1]) ebenfalls noch die alte Unklarheit faktisch fortlebt, mag auch rechtlich schon eine sachliche wie terminologische Differenzierung eingetreten sein. Ausführlicher bleibt auf diese Dinge noch einzugehen.

Hermogenian liefert nur folgende fünf pfandrechtliche Fragmente:

Lenel fr. 8, 10 § 1, 39 § 1, 75 § 1, 104 § 3.

Nur die beiden ersten behandeln das Privatpfand, ohne dass ihr Inhalt interessiert. Es wird immer das Wort *pignus* gebraucht.

[1]) Vgl. auch Jörs 278, 217f.



Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz i. Schl.

Bitte wenden!

Archiv f. bürgerl. Recht (XXI Heft 1. Oertmann, civilistische Rundschau):

Es ist interessant, in dem Buche neue und anregende Ideen zu finden, und es wird Aufgabe der über den Rahmen der Rundschau hinausgehenden eigentlichen Kritik sein, dazu ausführlich Stellung zu nehmen.

Centralblatt f. Rechtswissensch. (1902, XXI Heft 9):

Die umfangreiche Monographie enthält interessante und selbständige Untersuchungen über das Wesen und die Elemente des Rechtsgeschäftes . . . Dieser schwierigen Aufgabe hat sich Verf. im zweiten Teil seines Buches mit Sorgfalt und Geschick unterzogen . . . Überall hat Verf. mit Gründlichkeit und Selbständigkeit gearbeitet und seine Theorie der Willensgeschäfte sicher und fest fundiert.

Breslauer Zeitung (Nr. 814 v. 19. 11. 1901):

Heft 5 der Studien bringt eine umfangreiche, über 400 Seiten zählende, grundlegende Arbeit über eine theoretisch wie praktisch gleich wichtige Begriffsfrage des neuen Rechts . . . Die Ausführungen Manigks zeugen durchweg von gründlicher Einarbeitung in die einschlägigen Fragen.

Juristische Wochenschrift (XXXI. Jahrg. S. 479 f.):

Der Verf. hat das Anwendungsgebiet der Normen des BGB. für Rechtsgeschäfte auf Grund einer tiefgehenden, wissenschaftlichen Untersuchung der Begriffe „Rechtsgeschäft“ und „Willenserklärung“ abgegrenzt . . . Soviel zur Kenntzeichnung dieser ungemein klar und fesselnd geschriebenen Monographie, deren Fruchtbarkeit hieraus auch dem für das Studium von Monographien, zumal so allgemeiner wissenschaftlicher Richtung, nicht leicht zu gewinnenden Praktiker einleuchten muss.

Schlesische Zeitung (Nr. 118 vom 16. 2. 1902):

Das Gesetzbuch redet bald von Rechtsgeschäft, bald von Willenserklärung in einer Weise, als seien beide ein sich deckendes Gleichbedeutendes. Gegen diese Identifizierung richtet sich die vorliegende geistreiche Schrift . . . Die Durchführung dieses Gedankenganges zeigt in dem Verf. einen Juristen von scharfem Denken und durchaus selbständigen Urteil.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz in Schles.

